

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET RÉPARATION :
LA PLACE DE LA VICTIME INDIVIDUELLE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
SOPHIE RONDEAU

MARS 2008

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à mon directeur de recherche, le professeur Bernard Duhaime. Ses judicieux commentaires et son intérêt à me voir réussir m'ont été nécessaires pour mener à bien ce projet qui me tient tant à cœur. Le sens critique dont il a fait preuve dans son encadrement m'a permis d'organiser mes idées en un tout cohérent, d'élaguer les éléments moins pertinents et, je l'espère, de faire de ce mémoire une œuvre utile et pertinente en droit international humanitaire.

Je tiens aussi à remercier les professeurs Marco Sassòli et Hélène Piquet, qui se sont tous deux succédé comme directeur de recherche au cours de mon cheminement académique. Grâce à nos échanges et nos discussions animées et rigoureuses, Professeur Sassòli m'a inspirée le sujet du présent mémoire, mais plus encore, il m'a permis de confirmer mon engagement véritable envers le droit humanitaire, ce pour quoi je lui serai toujours reconnaissante. Professeur Piquet m'a inspiré par sa curiosité intellectuelle incroyable et son ouverture d'esprit qui dénotent un authentique respect pour sa profession et les étudiants qu'elle côtoie. Son soutien, lors de nos échanges informels ainsi que ses commentaires lors de la présentation du projet de mémoire, ne m'ont été que bénéfiques.

Je tiens aussi à remercier la Croix-Rouge canadienne qui m'a permis de participer à la dissémination du droit et des valeurs humanitaires au Québec et à travers le Canada, tout en poursuivant mes études supérieures. Les rencontres faites dans le cadre de mes fonctions ont sans contredit modelé ce mémoire et permis le recul si nécessaire lors de la rédaction d'un tel ouvrage. Un merci particulier à Me Isabelle Daoust, de qui j'apprends toujours un humanisme et un dévouement qui me suivra toute ma vie, et à Bonita van Doorn, pour avoir mis ses aptitudes professionnelles au profit de la révision finale de ce mémoire, mais surtout pour son amitié précieuse.

Finalement, merci à ma famille et à mes amis qui m'ont toujours soutenue dans ce parcours qui s'est révélé, par moments, fort difficile. La rédaction m'a emmenée en terrain inconnu, au-delà du domaine scientifique et je n'aurais pu parcourir ce chemin sereinement, si ce n'avait été le soutien de mon entourage, particulièrement d'Alexandre, un homme dont le dévouement et l'amour inconditionnel n'ont d'égal que l'intelligence et la générosité, ainsi qu'à Anne-Marie, Justine, papa et maman. Une pensée toute personnelle va à Camille, qui se lance à pleins sourires dans la vie, et à Grand-maman Claire, qui nous a quitté en janvier 2007, mais dont la présence se fera toujours sentir dans nos cœurs.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	vi
RÉSUMÉ	x
INTRODUCTION	1
1. La problématique : la justiciabilité des droits découlant du droit international humanitaire et la responsabilité individuelle pour violations de celui-ci.....	1
2. Le cadre d'analyse, méthodologie et limites : les implications d'une étude de l'interface entre le droit international public et droit interne.....	3
3. Une clarification des concepts : liens entre « responsabilité », « obligation », « recours » et « victime ».....	8
CHAPITRE I	
LA RÉPARATION ET LE RÉGIME DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : LA PARTICULARITÉ DU RECOURS INTERPERSONNEL.....	13
1.1 Une prise en considération embryonnaire de droit de réparation de la victime : l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.....	15
1.2 L'articulation d'un droit à la réparation individuelle : le cas de la Cour pénale internationale....	19
CHAPITRE II	
LA RÉPARATION EN APPLICATION DES MÉCANISMES PRÉVUS PAR LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE	23
2.1 Les fondements juridiques du droit à la réparation en droit international humanitaire	23
2.1.1 Les droits primaires : existe-t-il des « droits humanitaires »?.....	25
2.1.2 Les droits secondaires : qu'est-ce que le droit à la réparation en vertu du DIH?	27
2.2 L'application directe du droit humanitaire en droit interne : examen des jurisprudences nationales	36
2.2.1 Les recours contre l'État.....	36
2.2.1.1 Les États-Unis : les affaires <i>Tel-Oren</i> et <i>Princz</i>	37
2.2.1.2 Le Japon : les <i>Sengo Hosho Saiban</i>	41
2.2.1.3 La Grèce : l' <i>Affaire de la préfecture de Voiotia</i>	44
2.2.1.4 L'Italie : l' <i>Affaire Markovic</i>	46
2.2.1.5 Conclusion sur l'analyse des recours individuels en réparation	47
2.3 Un mécanisme international de plainte accessible aux victimes de violations du DIH?	48

2.3	Un mécanisme international de plainte accessible aux victimes de violations du DIH?	48
CHAPITRE III		
LA RÉPARATION EN APPLICATION DE CERTAINS MÉCANISMES DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC GÉNÉRAL		53
3.1	La théorie de la protection diplomatique.....	55
3.2	Le régime de responsabilité étatique pour fait internationalement illicite.....	58
3.3	Les mécanismes de résolution de conflits et de réparation <i>ad hoc</i>	62
CHAPITRE IV		
L'OPPORTUNITÉ D'UTILISER LE RÉGIME DE PROTECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DES DROITS DE LA PERSONNE POUR OBTENIR RÉPARATION DES DOMMAGES SUBIS SUITE AUX VIOLATIONS COMMISES DANS LE CONTEXTE D'UN CONFLIT ARMÉ		66
4.1	Les avantages par rapport au régime du droit international humanitaire	66
4.1.1	La consécration de droits individuels	66
4.1.2	Des instances judiciaires et quasi judiciaires accessibles aux victimes	69
4.2	L'interaction entre le régime du droit international humanitaire et du régime de protection du droit international public des droits de la personne.....	72
4.2.1	L'utilisation du DIH comme <i>lex specialis</i> pour les situations de violations des droits humains dans un contexte de conflit armé.....	72
4.2.2	Limites du régime de protection du droit international des droits de la personne	76
4.3	Est-ce que la consolidation des normes existantes traitant du droit à la réparation pour les victimes de violations des droits de la personne et du droit international humanitaire a facilité l'accès à la réparation pour les victimes?	78
4.4	Quelle est la portée de l'obligation des États de permettre l'accès à la réparation?	85
4.4.1	Commentaires généraux	85
4.4.2	Le droit à la réparation potentielle sous le régime interaméricain	87
4.4.2.1	L'obligation étatique de garantie du libre et plein exercice des droits de la personne	87
4.4.2.2	Le droit individuel à la protection judiciaire.....	92
4.4.3	Les implications du droit d'accès à la réparation dans les autres régimes de protection du droit international des droits de la personne	94
4.4.3.1	Au sein du système des Nations Unies.....	94
4.4.3.2	Au sein du système européen.....	97
4.4.3.3	Conclusion	99

CHAPITRE V	
AUTRES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'EXERCICE EFFECTIF DU RECOURS PAR LES VICTIMES	100
5.1 La non-considération des circonstances particulières vécues par la demanderesse-victime	102
5.2 Aucune garantie de procédure contradictoire.....	105
5.3 L'obstacle posé par les déclarations d'amnistie	107
5.4 L'implication de la théorie de l'immunité de juridiction étatique	111
5.5 Quelques considérations de droit international public relatives au droit international privé	116
5.6 Le problème d'exécution de jugements	122
5.7 Les limitations particulières selon certaines traditions juridiques.....	124
5.7.1 Les systèmes de Common Law.....	125
5.7.1.1 La particularité américaine : l'ATCA et le TVPA	125
5.7.1.2 Un bref examen de l'exemple canadien	128
5.7.2 Les systèmes de droit civil	131
5.7.2.1 La victime en tant que partie civile	131
5.7.2.2 Un bref examen de l'exemple québécois	132
CONCLUSION.....	136
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	139

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
ATCA	Alien Tort Claims Act
Berkeley J. Int'l L	Berkeley Journal of International Law
CIV (1907)	Convention IV relative aux lois et coutumes de la guerre (1907)
CGI	Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne
CGII	Convention pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer
CGIII	Convention relative au traitement des prisonniers en guerre
CGIV	Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre
CDI	Commission de droit international des Nations Unies
CICR / ICRC	Comité international de la Croix-Rouge
CIDH / Cour interaméricaine	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CINU	Commission d'indemnisation des Nations Unies
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
C.I.J.	Cour internationale de justice
C.N.U.O.I.	Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale
C.P.J.I. (Sér. A.)	Publication de la Cour permanente de justice internationale : Série A : Recueil des arrêts
C.P.J.I. (Sér. B)	Publication de la Cour permanente de justice internationale : Série B : Recueil des avis consultatifs
C.P.I.J. (Sér. A/B)	Publication de la Cour permanente de justice internationale : Série A : Arrêts, ordonnances et avis consultatifs
C.P.J.I. (Sér. C)	Publication de la Cour permanente de justice internationale : Série A : Plaidoiries, exposés oraux et documents
CPI	Cour pénale internationale

CS NU	Conseil de sécurité des Nations Unies
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme Commission des droits de l'Homme
Colum.H.R.L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review
Cour Eur. D.H. (Sér. B)	Publication de la Cour européenne des Droits de l'Homme : Série A : Arrêts et décisions
Cour Eur. D.H. (Sér.B)	Publication de la Cour européenne des Droits de l'Homme : Série B : Mémoires, plaidoiries et documents
DIH	Droit international humanitaire / droit humanitaire
DIP	Droit international public
DIPr.	Droit international privé
Doc. Off. N. U.	Document officiel des Nations Unies
FORUM	International Law FORUM du droit international
Harv. C.R.-C.L.L.Rev.	Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Hum. Rts. Q.	Human Rights Quarterly
HCCH	Conférence de La Haye de droit international privé
J.D.I.	Journal de droit international
J. Int'l Crim. J.	Journal of International Criminal Justice
J.Int'l Crim. L.	Journal of International and Comparative Law
I.C.J. Rep.	International Court of Justice : Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
I.C.L.Q.	International and Comparative law Quarterly
ILA	International Law Association
I.L.R.	International Law Reports
IMADR	International Movement Against all Forms of Discrimination and Racism
IRCTV	International Rehabilitation Council for Torture Victims

Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A)	Inter-American Court of Human Rights, Series A : Judgments and Opinions
Inter-Am. Ct. H.R. (Ser.B)	Inter-American Court of Human Rights, Series B : Pleadings, Oral Arguments and Documents
Inter-Am. Ct. H.R. (Ser.C)	Inter-American Court of Human Rights, Series C : Decisions and Judgments
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Leiden J. Int'l L.	Leiden Journal of International Law
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du Traité d'Atlantique-Nord
OAU	Organization of African Unity
OÉA	Organisations des États américains
PI	Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux
PII	Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux
P.C.I.J. (Ser. A)	Publications of the Permanent Court of International Justice : Series A, Collections of Judgments
P.C.I.J. (Ser. B.)	Publications of the Permanent Court of International Justice : Series B, Collections of Advisory Opinions
P.C.I.J. (Ser. A/B)	Publications of the Permanent Court of International Justice : Series A/B, Judgments, Orders and Advisory Opinions
P.C.I.J. (Ser. C.)	Publications of the Permanent Court of International Justice, Series C, Pleadings, Oral Statements and Documents
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
TPIR	Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie
TPIY	Tribunal pénal pour le Rwanda
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.C.R.	Revue internationale de la Croix-Rouge
R.T.N.U.	Recueil des Traités des Nations Unies

R.T.S.N.	Recueil des Traités de la Société des Nations
TVPA	Torture Victim Protection Act
U.N.T.S.	United Nations Treaty Collection
Y.B. Int'l Human. L.	Yearbook of International Humanitarian Law

RÉSUMÉ

Le présent mémoire fait état d'un questionnement sur l'état actuel du rôle des normes juridiques (principalement internationales, mais aussi nationales) en ce qui a trait au droit à la réparation, en prenant soin de mettre la personne en tant que victime de guerre au centre de notre réflexion. En considérant la notion de réparation sous l'angle de la victime comme un tout à décrire et à analyser, nous cherchons à savoir s'il existe un droit à la réparation que possède la victime d'un conflit armé régi par le droit international humanitaire.

Le fondement même de cette recherche s'appuie sur le cadre normatif conventionnel régissant la notion de réparation, que cette dernière accorde ou non un droit à une victime. Nous avons initialement conçu que notre travail de recherche devait débiter par un examen et une qualification du droit à la réparation en droit international public et en droit québécois. Il s'agissait là d'une approche intéressante, mais la tâche s'est révélée trop vaste pour une mémoire de maîtrise. Nous avons donc dû réviser notre approche. Nous traitons dans un premier temps de l'accès à la réparation en application des mécanismes de droit international public, avec un accent particulier sur l'étude du droit international humanitaire. Une partie de notre réflexion est consacrée à l'analyse de l'opportunité d'utiliser le régime de protection du droit international public des droits de la personne pour obtenir réparation des dommages subis suite aux violations commises dans le contexte de conflit armé. Nous tentons de voir la portée de l'obligation étatique dont dispose ce corpus juridique de permettre l'accès à la réparation. Nous nous attardons ensuite à l'examen de l'obtention de réparation par le rétablissement du patrimoine de la victime, en regardant quelles sont les limitations au recours en responsabilité civile.

Mots-clés : droit international humanitaire, réparation, individu, victime, responsabilité civile, conflit armé

INTRODUCTION

1. La problématique : la justiciabilité des droits découlant du droit international humanitaire et la responsabilité individuelle pour violations de celui-ci

Le droit international public [DIP] régit les rapports entre les États, entités indépendantes les unes des autres. Ce système juridique s'inscrit dans la droite ligne de la conception westphalienne de l'ordre mondial, conception qui garantit la souveraineté étatique et le principe de non-ingérence. Comme l'affirme Mohammed Bedjaoui, le droit international se distingue donc des modèles de droit interne du fait qu'il repose plus sur la coordination que sur la subordination¹. En effet, le droit que l'on dit interne, référant ainsi aux limites des frontières de l'État à l'intérieur duquel il s'applique, est constitué de l'ensemble des règles contraignantes qui régissent les relations des personnes physiques et morales entre elles ainsi qu'entre les personnes et l'État. Ces personnes sont donc soumises aux normes juridiques internes applicables au sein de l'État dans lequel elles se trouvent. Ce rapport d'assujettissement n'est pas en droit international public : ce droit est formé par deux strates, la première étant la couche traditionnelle étatique qui repose sur la seconde, formée par le « droit constitutionnel et administratif de la communauté internationale »². Les six milliards d'êtres humains, qui constituent la population des États et qui sont avant tout soumis aux normes de droit interne, se forment en effet de plus en plus une place au sein du droit international public. Le droit international humanitaire³, ce droit qui régit les conflits armés en encadrant les méthodes et moyens de combat et en protégeant les civils et les personnes hors combat, peut illustrer comment ce système juridique est de moins en moins confiné uniquement aux relations interétatiques, évoluant ainsi au-delà de son orthodoxie juridique traditionnelle.

¹ Mohammed Bedjaoui, *Droit international, Bilan et perspectives*, Tome I, Paris, Pedone, 1991 à la p. I à 15.

² Cette illustration du droit international en deux couches reprend le concept expliqué dans l'ouvrage : Marco Sassòli et Antoine Bouvier, *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, p. 92 et 93 [Sassòli Bouvier].

³ À noter que l'utilisation, dans le présent mémoire, des expressions « droit international humanitaire », « droit humanitaire » et « DIH » réfèrent toutes à la même notion.

Comme l'a affirmé Jean Pictet au sujet de la place éminente que tient la *Convention de Genève de 1864* dans l'évolution du droit des gens « pour la première fois, [...], une réglementation internationale est centrée, non plus sur des intérêts étatiques, mais sur la seule protection de l'individu »⁴. On ne doit toutefois pas se borner au sens littéral des mots et voir dans une telle affirmation une consécration pure et simple de droits justiciables humanitaires individuels pour les victimes de conflits armés. Rappelons-nous tout d'abord qu'en matière de protections édictées par le droit humanitaire, il est question de catégories de personnes, et non d'individu. Aussi, dans la vision traditionnelle du DIH (qui existait avant l'émergence des droits humains), on peut lire les termes « protection de l'individu » utilisés par Pictet au sens d'une forme de protection d'un intérêt objectif de l'État, car l'État n'existe en réalité qu'à travers ses citoyens individuels. En ce sens, le DIH resterait traditionaliste, se basant sur le principe de réciprocité. Mais, comme l'a déjà affirmé Theodore Meron, « le principe de réciprocité est encore prééminent dans le droit de la guerre de nos jours, mais on ne peut ignorer qu'il a subi des changements significatifs » [notre traduction]⁵.

Les protections qu'édicte le DIH sont orientées vers les individus. Toutefois, la façon dont s'articule la mise en œuvre *post bellum* de ces protections en cas de violations semble moins évidente à définir. Qu'on utilise le vocable de « personne protégée », de « prisonnier de guerre », de « civil » ou de « combattant »⁶, nous sommes à même de constater que les individus, ou à tout le moins les groupes d'individus affectés par les conflits armés bénéficient de protections qui sont consacrées par le droit international humanitaire; toutefois, cela n'implique pas automatiquement que ceux-ci « détiennent » ces droits à proprement parler. Force est de constater qu'actuellement, le DIH ne prévoit pas de mécanisme judiciaire ou quasi judiciaire spécifique dont une victime pourrait se prévaloir pour déterminer la réparation qui lui est due.

⁴ Jean Pictet, dir., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1958 à la p. 84, art. 8, en ligne : CICR, droit international humanitaire <<http://www.cicr.org/dih.nsf/c6e558c87e3c38c44125673c0045870a/9c1bcaeadf5f15f1c12563bd002cf536?OpenDocument>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Commentaires du CICR CGIV*]. Dans le même sens : George Abi-Saab, « The Specificities of Humanitarian Law » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet / Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR, 1985 à la p. 265, 269 : « [t]he thrust of the Conventions (and Protocols) is to go beyond the interstate level and to reach for the level of the real (or ultimate) beneficiaries of humanitarian protection, i.e. individuals and groups of individuals » [Abi-Saab, « Specificities »].

⁵ Theodore Meron, « The Humanization of Humanitarian Law » (2000) 94 A.J.I.L. 239 à la p. 251.

⁶ En DIH, la terminologie diffère, selon que le conflit visé soit international ou non international. Par exemple, on parle de « personnes qui participent directement aux hostilités » lorsqu'il est question de conflit armé non international, tandis qu'il est question de « combattants » lorsqu'on se trouve devant un conflit armé international.

Malgré cela, les dernières années ont été marquées par une augmentation des recours de nature pénale contre des individus devant des instances internationales pour répondre aux violations graves du droit humanitaire et des droits de la personne⁷. Ces actions étaient et seront toujours nécessaires pour mettre fin à l'impunité et pour condamner d'une seule voix la commission d'atrocités qui ont choqué l'humanité en entier⁸. Toutefois, comparativement aux efforts investis dans la poursuite et la condamnation des individus responsables de ces crimes, peu d'attention a été consacrée aux victimes. Cette situation au sein de laquelle les besoins *post bellum* de ces dernières ont été laissés pour compte est regrettable. En effet, celles-ci ont souvent été reléguées au rang de simple témoin dans les procédures pénales⁹. Même si la justice pénale internationale joue un certain rôle en matière de la réparation, ce rôle reste secondaire.

2. Le cadre d'analyse, méthodologie et limites : les implications d'une étude de l'interface entre le droit international public et droit interne

Mentionnons tout d'abord que nous avons initialement conçu notre travail de recherche comme étant principalement une analyse théorique juridique de type exégétique traditionnel : il constitue une étude approfondie et critique de textes juridiques traitants de la notion de réparation. Notre but n'est pas *a priori* de montrer qu'il existe un droit individuel à la réparation et d'argumenter en faveur d'une transformation de l'État comme véhicule de promotion et de protection des droits individuels des victimes à la réparation : ceci constituerait une prise de position normative. Il s'agit plutôt d'un questionnement de l'état actuel du rôle des normes juridiques en ce qui a trait au droit à la réparation. Le fait de considérer la notion de réparation sous l'angle de la victime comme un tout à décrire et à analyser n'est pas, selon nous, pour reprendre le langage utilisé dans le *Rapport Arthurs* du Conseil de

⁷ Les institutions pénales internationales les plus connues sont, de façon non exhaustive : le Tribunal international militaire de Nuremberg, le Tribunal international militaire pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo), les tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et pour l'ex-Yougoslavie (TPIR et TPIY) ainsi que la Cour pénale internationale (CPI).

⁸ Voir Mary Griffin, « Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: A major challenge for international law in the 21st century » (2000) 838 RICR 369.

⁹ Voir Reporters sans frontières, Réseau Damoclès, « Cour pénale internationale : un guide pratique à l'usage des victimes » (juin 2003) en ligne : Association Internet pour la promotion des droits de l'homme <http://www.aidh.org/Justice/Images/guide_damocles.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [Guide Damoclès].

recherche en sciences humaines du Canada¹⁰, « une proposition de réforme du droit ».

Le fondement même de cette recherche s'appuie sur l'étude des sources primaires régissant la notion de réparation, que cette dernière accorde ou non un droit à une victime. Considérant qu'un des éléments novateurs de cette recherche est de mettre la personne en tant que victime de la guerre au centre absolu de la réflexion, notre analyse se situe principalement dans le domaine du droit international public, ce qui constitue un changement par rapport à notre projet de mémoire. L'individu dans la guerre, c'est le fil d'Ariane de ce mémoire. Et la guerre, après tout, n'est-elle pas, pour paraphraser Philip S. Golub, le fondement ontologique de l'État¹¹? On se situe donc *a priori* dans un cadre normatif qui régit les rapports entre les États, quoique l'accent soit toujours ramené sur l'individu. Ce rapport polarisé, voire antagoniste, entre ces deux entités n'est pas, pour le reste, un sujet de recherche inusité. La littérature scientifique et la doctrine juridique l'ont maintes fois abordé. De plus, une coordination entre le système de droit international et celui de droit interne n'implique pas en soi la reconnaissance de l'existence juridique des individus. Dans le présent mémoire, c'est toutefois l'angle d'analyse qui se situe à la jonction des deux sujets (l'un étatique, l'autre individuel) qui nous mène sur un chemin moins fréquenté, celui qui débute avec la formulation, soit ambiguë, d'un droit international humanitaire qui bénéficie aux individus.

Au début de nos recherches, nous nous sommes arrêtés sur la manifestation la plus claire du droit individuel à la réparation : le rétablissement du patrimoine de la victime par l'obtention d'un jugement engageant la responsabilité civile de l'auteur de la violation. Cette réflexion initiale mettait l'accent sur une relation bien définie : un rapport privé entre deux individus, l'un étant l'agresseur et l'autre étant la victime. Puisque la violation à l'étude aurait eu lieu dans le contexte régi par le droit humanitaire, nous désirions faire le lien entre le droit interne et le droit international. Notre but ultime était de tester les limites du droit interne lorsque celui-ci doit interagir avec des normes internationales pour sanctionner judiciairement des actes qui choquent l'humanité en entier. Cette orientation a eu pour conséquence de nous situer le plus loin possible du spectre du droit international public.

¹⁰ Rapport au conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, 1983.

¹¹ Philip S. Golub, « Cinq années de "guerre au terrorisme" — État d'urgence permanent », *Le Monde diplomatique* (septembre 2006) aux p. 18 et 19, en ligne : Le monde diplomatique <<http://www.monde-diplomatique.fr/2006/09/GOLUB/13920>> (page visitée le 1^{er} août 2007) : Golub affirme que « l'état d'urgence permet à l'Etat de transcender la société et d'établir son autonomie dictatoriale. Ayant ainsi acquis le monopole de l'action et de la décision politiques, l'Etat, incarné par le dictateur qui décide de l'exception et qui, de ce fait, devient véritablement souverain, jouit de pouvoirs illimités. Étant donné que la guerre représente la forme la plus pure de l'état d'urgence, elle devient le fondement ontologique de l'Etat ».

Lors du dépôt du projet de mémoire, nous avons proposé une structure dans laquelle nous procéderions à l'identification des sources du droit à la réparation, successivement en droit international public et en droit privé, par une étude des conventions internationales, de la coutume, des principes généraux de droit reconnus par les « nations civilisées » et des décisions judiciaires. Cet exercice aurait permis d'établir les points communs entre les deux systèmes juridiques. L'ampleur de la tâche ainsi décrite s'est rapidement manifestée. En effet, une énumération des articles traitants de réparation dans les traités et instruments déclaratoires ne nous permettait pas de bâtir une construction scientifique suffisamment pertinente, pas plus qu'une analyse déconnectée de la jurisprudence soulignait le véritable enjeu de la réparation pour une victime « internationale ». Il a été constaté que la déconnexion entre la notion de réparation en droit et l'étude des recours à la disposition d'une victime de violations du droit international humanitaire telle qu'il fut envisagé dans le projet de mémoire n'aurait pas fait œuvre utile.

En outre, l'ampleur du travail requis pour présenter l'état actuel du droit international positif à travers la loupe de l'individu, du point de vue de l'auteur de la violation ainsi que du point de vue de la victime, était considérable. Les résultats préliminaires de recherche nous ont donc menés à nous détacher de cette perspective d'une relation interindividuelle dans un contexte interétatique; cela nécessitait une analyse en profondeur des règles de droit international privé, un examen de l'émergence de la compétence civile universelle et une étude critique de la notion de responsabilité individuelle en DIH. Chacun de ces sujets pourrait faire l'objet d'un mémoire de maîtrise en soi. Les commentaires formulés par le comité lors du dépôt du projet de mémoire allaient dans ce sens et, lorsque nous avons identifié où le bât blessait, nous avons adapté notre recherche et opté pour une réorientation plus ciblée.

Finalement, nous avons apporté un autre changement au mémoire en matière de l'accent initial mis sur le Québec comme lieu d'introduction d'un recours en responsabilité civile. Ce choix géographique avait été motivé par plusieurs considérations. Tout d'abord, le Canada agit comme chef de file dans le parrainage de réfugiés pour une réinstallation permanente au pays, entre autres par une sélection directement dans les pays d'origine, en application du concept de « pays source » qui sont identifiés en raison de la gravité des violations aux droits de la personne qui y sont commises¹². Les

¹² Voir la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, le *Règlement sur les catégories d'immigrants précisées pour des motifs d'ordre humanitaire*, DORS/97-183 (décret C.P. 1997-477 du 8 avril 1997) et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, annexe 2, liste des pays source : la Colombie, le Salvador, le Guatemala, la République démocratique du Congo, la Sierra Leone et le Soudan. Voir aussi Stéphanie Arsenault, « La Colombie, premier producteur de réfugiés en Amérique » (2001) 9

pays sources identifiés en 2002 sont affectés, ou l'ont déjà été, par des conflits armés. En ce qui a trait au Québec, les réfugiés sélectionnés sous ce processus sont, pour la grande majorité, réinstallés dans des endroits spécifiques situés à l'extérieur de Montréal, donc dans des collectivités où il est plus probable que des réfugiés issus du même pays d'origine se rencontrent; l'une de ces personnes peut être l'auteur de violation au droit international humanitaire dont a été victime l'autre personne. Aussi, d'autres victimes rencontrent leurs bourreaux dans des cours de francisation offerts par le gouvernement¹³. Au Québec, au moins 20% des immigrants reçus entre 2002 et 2006 provenaient de zones affectées par des conflits armés¹⁴. Les possibilités que l'auteur d'une violation du DIH et sa victime se trouvent en territoire québécois sont donc assez nombreuses. Or, l'existence de ces possibilités justifiait, selon nous, la poursuite d'un examen de la viabilité d'un recours en responsabilité civile au Québec contre l'auteur de la violation du droit humanitaire commise à l'extérieur du Canada. De plus, l'étude de la situation au Québec nous permettait de nous attarder plus spécifiquement au recours privé en droit civil, ce qui a été peu abordé dans la doctrine juridique existante.

Au cours de nos recherches, nous nous sommes toutefois rendu compte que l'examen approfondi d'un cas fictif dans lequel une victime, qui réside au Québec, entame une poursuite en responsabilité civile contre la personne qu'elle accuse d'avoir commis la violation, considérant que l'acte a été posé à l'extérieur du Canada et que son auteur réside lui aussi au Québec, ne servait pas bien le but de notre travail. Ce scénario présentait un minimum de facteurs de rattachement avec le Québec; il nous emmenait donc sur la voie d'une étude de la compétence civile universelle. Or, c'est la notion de réparation individuelle qui est au centre de notre recherche. La question initiale de l'individu comme détenteur de droits reste tout de même cruciale pour faire le lien entre recours civils de droit interne et exercice potentiel des droits internationaux. Or, puisque nous ne présupposons pas à qui

Bulletin Vivre ensemble 33, en ligne : Centre Justice et Foi
http://cjf.qc.ca/ve/archives/themes/mi/miarsenault_33.htm (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹³ Catherine Duhamel, « 26 juin, Journée internationale contre la torture - État des lieux de l'État canadien » (2005) 37 Journal du Barreau du Québec 11, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol37/no11/torture.html>> (page visitée le 1^{er} août 2007) et Centre international de ressources juridiques (CIRJ), *Victimes de torture ou d'autres violations de droits humains commis à l'étranger et recours juridiques au Québec*, rencontre du 25 janvier 2005 (ce document n'est plus disponible en ligne : copie disponible auprès du CIRJ).

¹⁴ Parmi les immigrants admis au Québec selon les 15 principaux pays de naissance entre 2002 et 2005 en date du 14 mai 2007, 4.5% provenaient de la Colombie, 3.7% du Liban, 3.6% d'Haïti, 2.5% du Pakistan (qui est affecté par le conflit en Afghanistan), 1.7% du Pérou et 1.9% du Congo-Kinshasa : Banque de données des statistiques officielles, Gouvernement du Québec, tableau des immigrants admis au Québec selon les 15 principaux pays de naissance, en ligne : <<http://www.bdso.gouv.qc.ca>> (page visitée le 14 mai 2007).

appartiennent ces droits internationaux, l'étude de la question de l'individu comme détenteur de droits constitue maintenant une partie majeure de notre mémoire éliminant en grande partie l'analyse sur le droit interne.

L'analyse de l'interface entre le droit international public et le droit interne à travers la justiciabilité du droit à la réparation par la victime de guerre soulève plusieurs questions auxquelles il nous est malheureusement impossible de répondre dans le cadre du présent mémoire, les réponses impliquant une recherche et une explication trop vastes pour être toutes abordées ici. Quoique l'idée d'un examen et d'une qualification du droit à la réparation en droit international public et en droit québécois semblait être une méthode intéressante faisant entrer en ligne de compte la théorie du réalisme juridique, nous avons plutôt adopté un commentaire formulé lors du dépôt du projet : commencer par identifier qui possède l'intérêt pour agir lorsqu'une violation est alléguée. Cette tâche s'avère toutefois périlleuse lorsqu'on cherche à garder le point focal sur la victime individuelle, l'intérêt pour agir revenant traditionnellement aux États en DIP, mais cela nous permet de faire le lien difficile entre droit international et droit interne.

Une des contributions importantes de ce mémoire est de faire état des limitations et des obstacles auxquels font face les victimes de violations du DIH dans leur quête de réparation. Nous cherchons à voir s'il existe une obligation étatique d'assurer un droit à la réparation potentielle (par le truchement des garanties judiciaire et du libre exercice des droits protégés, par exemple) pour les victimes de violations du droit humanitaire. Certes, cela nous éloigne de notre point de départ où une victime tente d'obtenir compensation auprès de son agresseur; nous sommes maintenant dans la sphère des obligations étatiques et nous tentons de voir où l'individu se situe au sein de ce régime. Nous considérons toutefois que c'est faire œuvre utile que de toujours garder l'angle de l'individu dans l'analyse d'une situation juridique qui peut ou non avoir un impact sur lui.

Nous croyons que le présent mémoire constituera une contribution juridique intéressante de par l'identification qui y est faite des obstacles au recours en responsabilité civile en droit interne, l'examen des possibilités d'actions — mais aussi des limitations — que présentent les mécanismes de DIP pour les victimes, ou l'étude de l'obligation étatique de protection judiciaire pour y quérir une formulation de l'obligation de réparation.

3. Une clarification des concepts : liens entre « responsabilité », « obligation », « recours » et « victime »

En adoptant la perspective de la victime à travers tout le mémoire, il est plus facile d'évaluer de façon holistique les différentes définitions, interprétations et mises en application de la notion de réparation, sans avoir à se cantonner à un régime juridique précis. La victime d'une violation du DIH existe dans plusieurs sphères juridiques : celle du droit humanitaire évidemment, mais aussi celles du droit international public général, du droit des droits de la personne, du droit pénal international, du droit international privé et du droit interne domestique. Il est donc pertinent de s'attarder à voir comment le droit à la réparation s'articule et dans quelle mesure il peut transcender des régimes juridiques autrement non reliés.

La notion juridique de réparation peut se bâtir sous un autre angle que celui du « droit » à proprement parlé; en effet, non loin du « droit à » la réparation, on retrouve en contrepartie « l'obligation de » fournir réparation. Au sens juridique, l'obligation de réparer le préjudice subi (que celui-ci soit corporel, moral ou matériel) naît à la suite de la transgression d'une autre obligation ou d'un devoir envers autrui¹⁵. Lorsqu'on aborde la notion de réparation, on peut donc se situer autant du côté de la victime que du côté de la personne qui commet l'acte violant une norme; si l'on choisit la seconde option, on parle donc davantage de « responsabilité » et d'« obligation » que de « droit ».

Il existe différents types de responsabilités que la commission ou l'omission d'un acte peut entraîner. Comme nous l'indique l'éminent juriste québécois Jean-Louis Baudoin dans son ouvrage sur la responsabilité civile¹⁶, une personne peut encourir à propos d'un même acte une responsabilité à plusieurs paliers impliquant un spectre plus large que celui du droit. Comme l'enseigne Baudoin, il y a tout d'abord la responsabilité morale liée à l'éthique qui est sanctionnée de façon individuelle et

¹⁵ Voir par ex. en droit québécois Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2003, à la p. 1, para. 1 [Baudoin]. Voir aussi l'article 23 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)) : « (1) Quiconque, agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illégalement à la vie, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à la réparation du préjudice qui en résulte. (2) La même obligation incombe à celui qui contrevient à une loi protectrice des intérêts d'autrui. Si, d'après le texte de la loi, une contravention à celle-ci est possible en dehors de toute faute, l'obligation de réparer n'intervient que s'il y a faute ». Voir généralement, au sujet de la fonction réparatrice de la responsabilité civile : Suzanne Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995; André Tunc, « L'évolution du concept juridique de responsabilité » (1996) 31 *Revue de Droit et Culture* 19; Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ, 1965.

¹⁶ Baudoin, *ibid.* à la p. 5, para. 10.

subjective. Il y a ensuite la responsabilité sociale qu'impose la vie en collectivité. Lorsque l'on pénètre la sphère du juridique, on retrouve la responsabilité pénale et la responsabilité civile. La responsabilité pénale est encourue uniquement lorsqu'une personne transgresse les règles de l'ordre social établi. Celle-ci inclut donc la responsabilité sociale, sans toutefois que l'inverse soit vrai. La conduite qui engendre l'invocation de la responsabilité pénale doit avoir causé une atteinte individuelle, mais aussi un dommage à la collectivité toute entière; c'est pour cette dernière raison que l'État intervient pour réprimer cette conduite et punir le coupable. En ce qui a trait à la responsabilité civile, elle est invoquée lorsqu'un individu agit (ou s'abstient d'agir) ou qu'il ne respecte pas son engagement contractuel et qu'à cause de cela, un préjudice (qu'il soit corporel, matériel ou moral) est subi par une personne déterminée. Baudoin explique bien l'interaction qu'il peut y avoir entre ces différents paliers de responsabilité :

[U]ne personne imprudente peut, à propos du même fait (un accident), assumer une responsabilité morale, sociale, pénale et civile. La première se traduira par l'idée de remords, la seconde par l'idée d'ostracisme, la troisième par celle de peine et la quatrième enfin par celle de réparation¹⁷.

Lorsque l'on aborde la question de la réparation par le truchement de la responsabilité, on comprend donc qu'elle est une des fonctions principales que joue la responsabilité civile¹⁸. Par contre, si l'on se place sous l'angle de la victime qui a subi un dommage, il est très important de se rappeler que l'exercice du droit à la réparation peut faire intervenir plusieurs obligations reposant sur différentes entités, invoquant donc potentiellement la responsabilité de chacune des entités impliquées. Par exemple, si un acte posé par un militaire de l'Armée Y dans un État X contrevient au DIH, peuvent être engagés la responsabilité étatique d'Y, la responsabilité étatique d'X, la responsabilité individuelle du militaire de l'Armée Y, la responsabilité individuelle du commandant, etc. Ces responsabilités peuvent être régies par des cadres normatifs différents, mais on comprend bien que tout cela est interrelié. Lorsqu'une victime subit une violation et exerce un droit à la réparation, elle a donc la possibilité d'invoquer la responsabilité de plusieurs personnes, ce qui « déclenche » l'obligation de fournir réparation. La notion de responsabilité est donc directement liée à l'obligation de réparation, dans la mesure où un dommage a été subi.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 6, para. 10 *in fine*.

¹⁸ *Ibid.* à la p. 6, para. 11. Les autres fonctions sont la prévention et l'éducation ainsi que l'apaisement psychologique : voir *ibid.*, para. 12 et 13.

Ceci étant dit, il est aussi important de définir avec un certain détail qu'est ce que le droit à la réparation. Mentionnons tout d'abord que ce droit est inclus dans le droit à un recours, qui englobe plus largement l'accès effectif à la justice et aux informations factuelles relatives aux violations¹⁹. Le droit à la réparation est donc une déclinaison plus spécifique du droit à un recours. En outre, le droit à la réparation au sens que nous l'entendons est un concept qui englobe la restitution, la compensation ou indemnisation, la réhabilitation et la satisfaction ; il ne s'agit donc pas uniquement de compensation financière, mais plutôt d'un ensemble de moyens menant à la remise en état des parties flouées. Cette définition correspond à celle le plus largement acceptée sur la scène internationale, que ce soit par différents organes des Nations Unies²⁰, les États²¹ et parmi les organisations paragouvernementales et non gouvernementales²².

En outre, il est important d'indiquer que le droit à la réparation est un droit secondaire, c'est-à-dire qu'il ne se matérialise que lorsqu'il y a atteinte à un droit primaire. La réparation n'existe donc que lorsqu'une série d'éléments préalables ont été réunis, y incluant la contravention à une obligation ou à un devoir envers un tiers. Pour que les victimes possèdent un droit de recours (y compris un droit à la réparation), il est donc impératif qu'elles possèdent tout d'abord des droits substantifs. Comme l'a affirmé Lord Holt dans l'affaire *Ashby v. White* : « If the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it; and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; for want of right and want of

¹⁹ Voir les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés. AG 60/147, Doc. Off. AG NU, 60^e sess., supp. n° 49, Doc. NU A/RES/60/147 (2005), Principe 11 [*Principes fondamentaux et directives*] ainsi que Liesbeth Zegveld, « Remedies for victims of violations of international humanitarian law » (2003) 851 R.I.C.R. 497 à la p. 499 [Zegveld, « Remedies for Victims »].

²⁰ Voir par ex. le « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » dans *Rapport de la Commission de droit international*, Doc. Off. AG NU, 53^e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/56/10 (2001) 45 à la p. 54, art. 34 : « La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre » [*Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*]. Voir aussi les *Principes fondamentaux et directives*, *ibid.*, au Principe 18.

²¹ Voir par ex. la *Convention contre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants*, Rés. AG 39/46 Doc. Off. AG NU, 39^e sess., supp. n° 51, Doc. NU A/39/51 (1984), art. 14 [*Convention contre la torture*].

²² Voir par ex. REDRESS, *What is reparation?*, en ligne : <http://www.redress.org/what_is_reparation.html> (page visitée le 1^{er} août 2007); International Rehabilitation Council for Torture Victims [IRCTV], *Reparation*, en ligne : <<http://www.ircvt.org/Default.aspx?ID=26>> (page visitée le 1^{er} août 2007); Rainer Hofmann and Frank Riemann, « Compensation for victims of war - Background Report » 17 mars 2004 aux pp. 3 et s., en ligne : International Law Association, Committee on Compensation for Victims of War, « Download Background Report » <http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007) [ILA, « Compensation »].

remedy are reciprocal »²³. Cette affirmation faite dans le contexte d'un litige privé régi par le droit interne n'a toutefois pas été transposée dans le cadre normatif du droit international public. En effet, il n'existe pas de règle de droit international public selon laquelle un droit primaire doit toujours être accompagné par une capacité procédurale d'entamer un recours en cas de violation. La Cour internationale de justice [CIJ] a en effet souligné, dans l'*Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, que la capacité de posséder des droits civils n'implique pas nécessairement la capacité d'exercer ces droits soi-même²⁴. Il est donc primordial que nous nous attardions aux dispositions du droit international public traitant de réparation — et consacrant ou non le droit secondaire à un recours — dans le présent mémoire.

Finalement, il est nécessaire de s'arrêter ici pour définir brièvement ce qu'est une victime²⁵. Dans le présent texte, nous parlerons de victimes de violations de droit international humanitaire au sens de personnes physiques, et non d'organisations humanitaires et des personnes morales. L'usage du terme « victime » impliquera donc qu'il s'agit d'une victime individuelle. En outre, nous ne parlerons pas non plus de « victimes de la guerre » au sens large, ces dernières ne possédant pas nécessairement de droit à la réparation inhérent à la violation de leur droit à la protection. En effet, tous les individus qui sont affectés par un conflit armé ont, en vertu du DIH, un droit à la protection contre l'utilisation arbitraire du pouvoir que possèdent les parties au conflit qui les affecte. Cela n'implique toutefois pas qu'ils ont un droit à la réparation du dommage subi lorsque leur droit à la protection est atteint. Par exemple, une personne ayant subi de l'angoisse, de l'anxiété et du stress à la suite d'une attaque aérienne qui ne constituait pas, par ailleurs, une violation du DIH²⁶, ne peut réclamer une compensation financière de la partie ayant porté l'attaque pour être indemnisée du

²³ *Ashby v. White* (1703), 1 Sm LC (13th ed., 1929) 253, 273 (Holt CJ), tel que cité dans : *Watkins v. Home Office* [2006] U.K.H.L. 17, para. 11 (House of Lords, 26 mars 2006), reprenant les paroles maintenant consacrées de Lord Denning dans : *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435: « a right without a remedy is not right at all ».

²⁴ *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)* (1933), Arrêt, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 61 à la p. 208, 249.

²⁵ À noter que la définition pour laquelle nous optons ici fait écho à celle qui fut acceptée par l'Assemblée générale des Nations Unies lors de l'adoption des *Principes fondamentaux et directives*, *supra* note 19 au Principe 5. Voir aussi le *Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale*, Doc. Off. CPI, 1^{ère} session, ICC-ASP/1/3 (2002), règle 85 a), en ligne : CPI <www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/french/part_ii_a_f.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [*Règlements de procédure de la CPI*].

²⁶ Ce qui serait le cas si l'attaque aérienne visait un objectif militaire légitime et respectait les règles de distinction et de proportionnalité, par exemple.

dommage ressenti en vertu du droit international humanitaire²⁷. Le cas de figure est toutefois différent lorsque la partie ayant porté l'attaque a commis une violation du DIH ayant causé des dommages, qu'ils soient matériels, physiques ou psychologiques, à une ou plusieurs victimes. Les conflits armés et, qui plus est, les violations du droit international humanitaire, entraînant malheureusement un nombre important de pertes de vies humaines, la notion de victime doit aussi s'entendre comme incluant les ayants cause d'une victime décédée des suites d'une violation du DIH²⁸.

²⁷ Voir Zegveld, « Remedies for Victims », *supra* note 19 aux pp. 501 et 502, qui traite de la série de décisions de la Cour suprême des Pays-Bas du 29 novembre 2003, para. 3.2, dans lesquelles la Cour a rejeté une injonction interlocutoire (*kort geding*) contre l'État néerlandais exigeant qu'il cesse sa participation dans les hostilités contre la République fédérée de Yougoslavie (en tant que membre de l'OTAN) et des décisions de la Cour d'appel des Pays-Bas du 6 juillet 2000. (*Dedovic v. Kok*, para. 5.3.23) dans laquelle il était affirmé que les règles et standards du droit humanitaire ne s'étendent pas à la protection des personnes contre les tensions et les peurs dues à une attaque aérienne qui ne viole pas les règles du droit humanitaire [notre paraphrase].

CHAPITRE I

LA RÉPARATION ET LE RÉGIME DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL : LA PARTICULARITÉ DU RECOURS INTERPERSONNEL

Nous l'avons vu plus haut lors de la présentation de la problématique²⁹, le DPI est un régime juridique visant la coordination des relations entre les États tous pris sur un même pied d'égalité. Le droit pénal international vient modifier quelque peu cette définition classique. Les règles que contient ce système ont un champ d'application différent des règles classiques du droit international public général. Ce système fait une place bien définie à l'individu, principalement par le truchement du régime de la responsabilité pénale individuelle pour violations de normes internationales. Voilà donc pourquoi nous amorçons l'examen des mécanismes de droit international public permettant la réparation par l'étude du régime de droit pénal international.

Il a déjà été affirmé que « l'élaboration d'un droit pénal international substantiel résulte de la reconnaissance assez récente du fait que les particuliers, comme les États, sont des sujets de droit international »³⁰. Quoiqu'il en soit, cette affirmation mérite qu'on lui apporte quelques nuances que nous ne soulignerons pas ici, il est vrai que le droit pénal international est une des sphères juridiques internationales où la présence de l'individu (surtout comme porteur d'obligation) se fait ressentir le plus manifestement. De plus, le droit pénal international touche de très près au droit humanitaire. En effet, ce régime vise les crimes dits internationaux que l'on retrouve dans les traités, mais surtout dans la coutume, par le truchement de la notion de *jus cogens*. Or, les crimes de guerre constituent une partie importante de ce droit. En outre, plusieurs crimes internationaux, comme le génocide, l'usage illicite d'armes prohibées, l'esclavage, la prise d'otage, la torture et les autres formes de traitements cruels inhumains ou dégradants, constituent en eux-mêmes des violations du droit international

²⁹ Voir l'introduction, point I, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

³⁰ David Goetz, « Le droit pénal international » Gouvernement du Canada, Division du droit du gouvernement, 15 octobre 2001, PRB 01-17F, en ligne : Gouvernement du Canada, Programme des services de dépôt <<http://dsp-psd.communication.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/prb0117-f.htm#CRIMES>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

humanitaire³¹. Finalement, nous verrons que la victime individuelle prend de plus en plus de place dans les institutions internationales mettant en œuvre le droit pénal international, spécialement la Cour pénale internationale. Cela nous situe donc à proximité de notre question initiale qui visait à étudier la place de l'individu, en tant que victime, mais aussi en tant que bourreau, dans les situations de conflits armés.

Le contenu normatif du droit pénal international s'appuie principalement sur le régime de la responsabilité individuelle à travers l'application de l'ensemble des règles relatives à la responsabilité des commandants : de la personne qui décide d'une attaque à celle qui la réalise, le droit pénal vient rendre chaque personne responsable des actes qu'elle pose ou qu'elle omet de poser. La règle va encore plus loin : la responsabilité peut être engagée pour avoir failli de prévenir un crime ou en omettant de mettre sur pied des enquêtes ou des mécanismes de sanctions des violations commises. Par exemple, la notion de *joint criminal enterprise* [JCE], embryonnaire aux procès de Nuremberg puis arrivée à maturité par le développement de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* des années 1990, impute la responsabilité pénale à tous les individus ayant mené à terme une attaque ou une opération constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Ce concept rend irrecevable la défense invoquée par le commettant qui affirme n'avoir répondu qu'aux ordres ou qu'il ne faisait que son travail; il permet en outre d'engager la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, lorsque ceux-ci n'ont pas pris les mesures exigées par leur statut (responsabilité par omission) ou lorsqu'il est mis en preuve qu'ils ont aidé ou encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime international³².

De façon générale en matière pénale, c'est le Procureur qui a le pouvoir d'entamer ou non des poursuites contre un individu ou une entité; ce procureur représente les intérêts collectifs de l'entité qu'il représente et agit au nom de cette collectivité³³. En droit interne, le Procureur représente les intérêts de l'État tandis qu'en droit international, il représente les intérêts de la communauté

³¹ *Ibid.* et Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, 2^e éd., vol. 1, « Crimes », Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 1999 à la p. 41.

³² La responsabilité des supérieurs est codifiée dans le *Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, art. 86 et 87 [PI].

³³ La possibilité pour la victime ou ses ayants cause de se constituer « partie civile » permet une participation au procès pénal pour réclamer la réparation du préjudice. Pour les juridictions permettant cette procédure, le rôle du Procureur diffère. Nous discuterons de la partie civile ci-dessous, au chap. V, para. 5.7.2.

internationale. Le droit pénal international met donc en relation ce Procureur avec un individu qui a commis un crime affectant la communauté internationale toute entière.

Quoique le but principal de ce régime soit la punition de l'auteur, le droit pénal international commence à mettre en place des règles visant la réparation des victimes : celles-ci traitent non seulement de l'obligation de l'auteur individuel de la violation mais aussi du droit de la victime individuelle. Ce type de règles, qui s'éloigne de la conception westphalienne du droit international public, nous rapproche un peu plus d'un cas de figure à l'étude, soit le recours en responsabilité civile entamé par la victime elle-même. Nous verrons toutefois pourquoi les mécanismes prévus par le droit pénal international n'offrent pas de solutions suffisamment durables et généralement applicables aux problèmes que pose l'exercice individuel du droit à la réparation.

1.1 Une prise en considération embryonnaire de droit de réparation de la victime : l'ex-Yougoslavie et le Rwanda

Les victimes des crimes de guerre commis dans le cadre des conflits au Rwanda et en Ex-Yougoslavie se sont taillées une place au sein des juridictions pénales internationales, mais les premiers pas furent timides. Nous verrons plus loin que le *Projet d'articles sur la responsabilité des États*³⁴ n'empêche pas les individus de bénéficier d'un droit à un recours, pour peu que ce droit existe déjà³⁵. De la même façon, les premières juridictions pénales *ad hoc* renvoyaient tout simplement les victimes vers les tribunaux nationaux ou les autres mécanismes existants pour traiter leur demande de compensation. En effet, au paragraphe 7 de sa Résolution 827 relative à la création du TPIY, le Conseil de sécurité des Nations Unies « Décide [...] que la tâche du Tribunal sera accomplie sans préjudice du droit des victimes de demander réparation par les voies appropriées pour les dommages résultant de violations du droit humanitaire international »³⁶. C'est donc à dire que le Conseil de sécurité reconnaît que la victime des violations de droit humanitaire peut avoir un droit à la réparation,

³⁴ *Supra* note 20.

³⁵ Voir le chap. III, section 2 « Le régime de responsabilité étatique pour fait internationalement illicite », ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

³⁶ Résolution 827 du 25 mai 1993 pour le jugement des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie depuis 1991, Rés. CS 827 (1993) Doc. Off. CS NU, 3217^e sess., Doc. NU S/RES/827 (1993) [Résolution 827 du 25 mai 1993, TPIY].

mais semble affirmer du même souffle qu'il n'était pas du ressort du TPIY d'être saisi pour de telles requêtes.

La Règle de procédure 105, qui apparaît dans les *Règlements du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie*³⁷ et les *Règlements du Tribunal pénal pour le Rwanda*³⁸, va un peu plus loin dans l'affirmation du droit des victimes. Cette règle dispose de la procédure à suivre en ce qui a trait à la restitution des biens acquis illicitement par l'accusé déclaré coupable. Cette règle concerne donc les victimes, puisque c'est à celles-ci que retourneront les biens (ou le produit de son aliénation, comme le spécifie la règle). La victime fait toutefois peu partie du processus menant à la restitution des biens illicitement acquis par l'accusé. En effet, la victime ne peut présenter elle-même une requête en restitution de ses biens : il est du ressort du Procureur ou du tribunal de le faire et ce, uniquement lorsqu'un jugement de culpabilité a été prononcé contre l'accusé. En effet, la règle 98 ter B) dispose que si, à l'examen des preuves, il est établi que l'infraction pour laquelle l'individu est déclaré coupable a donné lieu à l'acquisition illicite d'un bien, la Chambre de première instance le constate spécifiquement dans son jugement et peut ordonner la restitution de ce bien. La victime ne peut donc aucunement utiliser ce véhicule pour obtenir réparation. Elle n'est pas non plus impliquée dans le processus de restitution, ni dans l'identification des biens potentiellement restituables. La norme établie en matière de réparation pour les victimes des conflits sur lesquels le TPIR et le TPIY ont compétence reste donc celle énoncée à la Règle 106 selon quoi « la victime ou ses ayants droit peuvent, conformément à la législation nationale applicable, intenter une action devant une juridiction nationale ou tout autre institution compétente, pour obtenir réparation du préjudice »³⁹.

Nous sommes donc à même de constater que les juridictions pénales internationales *ad hoc* de la fin du XX^e siècle ont pris en considération l'existence des victimes, mais qu'elles n'ont pas aménagé de mécanismes appropriés pour leur permettre de véritablement obtenir réparation pour les dommages qu'elles ont subis. Il s'agit donc d'un pas dans la bonne direction, mais encore un bon bout de chemin reste à parcourir. Les victimes des conflits en l'ex-Yougoslavie et au Rwanda ont dû se tourner vers

³⁷ Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, *Règlement de procédure et de preuve*, IT/32/Rev. 37 (2006), en ligne : Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie <<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Règlement du TPIY*].

³⁸ Tribunal pénal pour le Rwanda, *Règlement de procédure et de preuve*, en ligne : Tribunal pénal pour le Rwanda <http://www.un.org/ictw/rules_f.html> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Règlement du TPIR*].

³⁹ *Ibid.* et *supra* note 37 à la Règle 106. À noter qu'il est toutefois affirmé dans cette règle que le verdict de culpabilité rendu par le Tribunal lie tous les tribunaux nationaux. Voir aussi la Special Court for the Sierra Leone, *Rule of Procedure and Evidence*, règle 105, en ligne : Special Court for the Sierra Leone <www.sc-sl.org/rulesofprocedureandevidence.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

les mécanismes mis en place à l'extérieur du cadre de la justice pénale internationale pour voir de quelles façons elles pouvaient obtenir une forme de réparation.

Par exemple, les victimes du conflit armé vivant au Kosovo au moment des hostilités ont pu bénéficier du *Housing and Property Directorate* [HPD]. Cette instance judiciaire impartiale et indépendante a été instaurée en 1999 dans le but de régulariser les droits de propriété immobilière et résoudre les conflits relatifs aux habitations résidentielles⁴⁰. Le HPD a, entre autres, compétence sur les réclamations individuelles en restitution et compensation pour perte de propriété fondées sur la discrimination après le 23 mars 1989. En date du 25 avril 2007, sur les 29 155 réclamations reçues, 99.95 % de celles-ci avaient été décidés et 91.2 % avaient été mises en œuvre⁴¹. Il est toutefois clair qu'il ne s'agit pas là d'un mécanisme de compensation. Les personnes qui désirent obtenir compensation pour la perte ou le dommage subi à leurs propriétés ou à leurs biens doivent donc se retourner vers le système judiciaire ou l'exécutif national pour faire entendre leurs doléances. En outre, pour les victimes du conflit qui ne résidaient pas au Kosovo, il n'existe pas de mécanisme similaire à leur disposition.

L'exemple du Rwanda, avec la mise sur pied des *Gacaca*, illustre une autre étape vers l'accession à la réparation pour les victimes, sans toutefois véritablement franchir le pas, là non plus. L'instauration de ces tribunaux a été justifiée par le lourd contentieux qui pesait sur l'État rwandais au lendemain du génocide, lorsque 120,000 personnes accusées d'avoir organisé ou d'avoir pris part au génocide furent arrêtées et mises en prison dans l'attente des procès. Les juridictions alternatives *Gacaca* sont un produit purement rwandais inspiré du système traditionnel de résolution des conflits familiaux qui était en vigueur au Rwanda à l'époque où ce pays était encore une colonie belge. Ces juridictions locales composées de tribunaux de première instance ont rendu des jugements ordonnant le paiement d'un montant d'argent contre les auteurs d'actes génocidaires et de crimes contre l'humanité au bénéfice des victimes de ces crimes, ou de leurs ayants cause. Il faut toutefois noter que les *Gacaca* prononcent principalement des verdicts de culpabilité et des peines d'emprisonnement. En date du 17 juillet 2006, 7015 accusés (6783 hommes et 232 femmes) avaient comparu devant 118 juridictions *Gacaca*. 5763 personnes ont été condamnées, 739 ont été acquittées et 513 attendaient le verdict de

⁴⁰ *Regulation n° 1999/23 on the Establishment of the Housing and Property Directorate and the Housing and Property Claims Commission*, UNMIK/REG/1999/23, 15 November 1999, en ligne: United Nations Mission in Kosovo <<http://www.unmikonline.org/regulations/1999/reg23-99.htm>> (page visitée le 1er août 2007).

⁴¹ Pour plus de détails au sujet de cette instance, voir, en ligne: Housing and Property Directorate <<http://www.hpdkosovo.org>> (page visitée le 27 avril 2007).

leur procès⁴². En cela, les juridictions *Gacaca* pourraient s'assimiler plus à une juridiction pénale qu'à un tribunal de droit civil, mais la nature mixte de l'institution en fait une entité bien particulière.

Comme nous l'indique le Service national des juridictions *Gacaca* :

L'un des principes [...] est de réunir sur les lieux mêmes des crimes et/ou massacres, tous les protagonistes du drame : rescapés, témoins et criminels présumés. Tous devront ensemble reconstituer les événements du génocide, établir la vérité pour démontrer la préparation et l'exécution du génocide, ainsi que l'identification des auteurs, co-auteurs et complices du génocide et l'établissement de la responsabilité individuelle. [...] Les juridictions *Gacaca* sont également fondées sur le principe de l'aveu, du plaidoyer de culpabilité, du repentir et des excuses de la part des accusés ainsi que le pardon offert par les rescapés, qui constituent un pas vers la réconciliation⁴³.

Dans l'énumération des objectifs poursuivis par les *Gacaca*, la réparation n'est pas spécifiquement mentionnée, l'accent étant surtout mis sur la réconciliation et la fin de l'impunité⁴⁴. L'instauration d'un « Fond d'indemnisation » par une loi spécifique n'étant pas encore, pour autant que nous sachions, une réalité⁴⁵, l'insolvabilité des accusés reste un problème de taille, puisque les jugements rendus sont la plupart du temps inexécutables⁴⁶. Outre ce problème de taille dont l'étude n'est pas du ressort du présent mémoire, et malgré certaines critiques qui ont été formulées à l'égard de

⁴² « Rwanda : 5 763 personnes condamnées par les tribunaux *gacaca* » *AFP* (17 juillet 2006), en ligne : Le portail web du Congo Brazzaville <http://www.congopage.com/article.php3?id_article=3821> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴³ En ligne: Service de juridictions nationales *Gacaca* <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Fr/Introduction.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴⁴ *Ibid.* Les 5 objectifs sont les suivants, selon le Service des juridictions *Gacaca* : 1) Faire connaître la vérité sur ce qui s'est passé 2) Accélérer le jugement des personnes accusées du génocide 3) Éradiquer la culture de l'impunité 4) Réconcilier les Rwandais et renforcer leur unité et 5) Faire preuve de la capacité de la société rwandaise à régler ses propres problèmes à travers une justice basée sur la coutume rwandaise, en ligne : Service de juridictions nationales *Gacaca* <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Fr/Objectif.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴⁵ Voir la *Loi organique n° 08/96 du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commises à partir du 1^{er} octobre 1990*, Journal officiel de la République Rwandaise, n° 17, 1 septembre 1996, en ligne : Avocats sans frontières <www.asf.be/publication/publication_rwanda_memproge_loi_organique_8_96.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) : l'article 32 stipule que « les dommages et intérêts alloués en faveur des victimes non encore identifiées sont versés dans un Fond d'indemnisation des victimes dont la création et le fonctionnement sont régis par une loi particulière. Avant l'adoption de la loi portant création de ce Fonds, les dommages et intérêts alloués sont versés au compte bloqué ouvert à la Banque Nationale du Rwanda à cette fin par le Ministre ayant les affaires sociales dans ses attributions et ce fonds ne pourra être affecté qu'après l'adoption de ladite loi ». À notre connaissance, la loi particulière n'a toujours pas été adoptée. Voir Amnesty International, document public AFR 47/007/2004, « Rwanda -Vouées à la mort- les victimes de viol atteintes par le VIH/SIDA » (6 avril 2004), en ligne: Amnesty International, section VII.1 « Le fonds d'indemnisation » <<http://web.amnesty.org/library/index/afrafr470072004>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴⁶ Voir Human Rights Watch, « Toujours en lutte: la justice, un parcours semé d'obstacles pour les victimes de viol au Rwanda », Vol. 16, n° 10(A) septembre 2004, Section VI, aux pp. 57 et s., en ligne : Human Rights Watch <<http://hrw.org/french/reports/2004/rwanda0904/>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

leur capacité à apporter une justice réconciliatrice au peuple rwandais⁴⁷, l'émergence de ce type de juridictions domestiques illustre les propos fondamentaux qu'a tenu le *Victims Rights Working Group*, à l'occasion de la Conférence de Rome⁴⁸ : « il ne peut y avoir de justice sans justice pour les victimes ».

Mais, qu'en est-il pour les victimes de violations du DIH qui ne bénéficient d'aucun prétoire où elles peuvent se faire entendre? Est-ce que l'instauration de la CPI marque un avancement pour celles-ci ou nous retrouvons-nous devant un *statu quo* quant à la relation entre le droit des victimes d'obtenir réparation et le système de droit pénal international?

1.2 L'articulation d'un droit à la réparation individuelle : le cas de la Cour pénale internationale

Lors de la négociation du *Statut de Rome pour la Cour pénale internationale*⁴⁹, des règles ont été mises en place pour répondre de façon plus adéquate aux besoins des victimes. Un des problèmes majeurs qui a été dégagé de l'expérience des deux tribunaux *ad hoc* est celui de la protection adéquate des victimes et des témoins ainsi que la prise en charge de leurs besoins pendant, mais aussi avant et après, leur implication avec les institutions judiciaires internationales. Le *Statut de Rome* a donc innové à trois niveaux : en matière de protection, de participation et de réparation. Celui-ci prévoit la création d'une Division d'aide aux victimes et aux témoins⁵⁰. La mission de la Division est d'assurer que toutes les mesures visant la protection et la sécurité — à court, moyen et long terme⁵¹ — des personnes qui interviennent en leur qualité personnelle de victime devant la Cour (par leur témoignage ou leur déposition) soient prises. Plus encore, le besoin de s'intéresser à la spécificité des traumatismes

⁴⁷ Voir par ex. Aimable Twahirwa, Les tribunaux populaires « gacaca » seront-ils à la hauteur des attentes?, 29 juillet 2006, IPS : en ligne Inter Press Service News Agency <http://www.ipsnews.net/fr/_note.asp?idnews=3189> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴⁸ Fiona Mc Kay, Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, 16 juin 1998, en ligne : Nations Unies, CPI <<http://www.un.org/icc/speeches/616mck.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007). Le Victims Rights Working Group / *Groupe de travail pour le droit des victimes* est une organisation non-gouvernementale créée en 1997 par des organisations soucieuses de promouvoir les intérêts et les besoins des victimes dans le domaine de la justice pénale et des droits humains. Voir généralement, en ligne : Victims Rights Working Group <www.vrwg.org> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴⁹ *Statut de Rome pour la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9, en date du 17 juillet 1998 [*Statut de Rome*].

⁵⁰ *Ibid.*, art. 43(6).

⁵¹ Par exemple, la Division d'aide aux victimes et aux témoins est responsable de négocier des accords avec les États concernant la réinstallation et le soutien de témoins ou de victimes traumatisées ou menacées.

vécus à la suite de violences sexuelles a été reconnu. Il s'agit là d'une triste leçon tirée de l'expérience du TPIR, où les besoins des femmes victimes de ce type de crime n'avaient pas été comblés correctement⁵².

Le fait que la CPI accorde expressément aux victimes qui tombent sous sa compétence⁵³ le droit de présenter des arguments, de soumettre des observations, d'exposer et de voir examinées leurs vues et préoccupations lorsque leurs intérêts personnels sont concernés est tout à fait innovateur par rapport au TPIY et au TPIR. En effet, que ce soit lors de la demande d'autorisation d'enquête, du traitement des moyens préliminaires sur la compétence ou de la recevabilité ou encore lorsque l'affaire est entendue au fond, le *Règlement de la CPI* permet l'intervention et encadre la participation de la victime⁵⁴. La prise en considération de celle-ci dans le déroulement des affaires déferées à la CPI établit un trait d'union entre la justice punitive et la justice réparatrice. Il ne suffisait pas de mettre par écrit une procédure et des règles où il était fait mention des victimes, il fallait qu'elles « existent » sous toutes leurs dimensions au sein de la CPI. La mise sur pied de la Section de la participation des victimes et réparation pouvant entre autres assister les victimes pour faciliter le dépôt de leur requête visant à participer à la procédure, ainsi que l'établissement du Bureau du conseil public pour les victimes (BCPV) dont la mission est de fournir de l'aide et de l'assistance aux représentants légaux des victimes et aux victimes impliquées avec la CPI⁵⁵ constituent deux bonnes illustrations de cette volonté de bien prendre en considération les intérêts des victimes. Pour permettre une meilleure efficacité dans

⁵² Voir par ex. les critiques fortes mais bien soutenues formulées par Binaifer Nowrojee, qui dénonce les occasions manquées par le TPIR d'enquêter et de poursuivre les crimes de violences sexuelles au cours des dix dernières années : Binaifer Nowrojee, « "Your Justice is Too Slow"— Will the ICTR Fail Rwanda's Rape Victims? » (2005) Occasional Paper 10, en ligne : United Nations Research Institute for Social Development <www.unrisd.org/publications/opgp10> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁵³ Une « victime » est définie comme étant une personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour. Le terme « victime » peut aussi s'entendre de toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct. Voir le *Règlement de procédure de la CPI*, *supra* note 25, Règle 85 et, en ligne, site officiel de la CPI <http://www.icc-cpi.int/victimissues/victimscounsel/OPCV/OPCV_faqs.html> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁵⁴ *Règlement de la Cour*, ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05, adopté le 26 mai 2004 et amendé le 9 mars 2005, normes 86 et s. [*Règlement de la CPI*].

⁵⁵ *Ibid.*, normes 80 et 8. À noter que tous les membres du BCPV sont en outre liés par le *Code de conduite professionnelle des conseils* (ICC-ASP/4/Res.1) adopté à l'occasion de la quatrième session de l'Assemblée des États parties des Nations Unies.

la gestion du recours, on a même prévu une procédure d'identification d'un représentant légal commun lorsque les victimes sont trop nombreuses⁵⁶, un peu comme dans le cas d'un recours collectif.

C'est toutefois l'article 75 du *Statut de Rome*⁵⁷ qui est un véritable précurseur, plus particulièrement en lien avec l'obtention de réparation individuelle au bénéfice des victimes : on y dispose que la Cour elle-même pourra déterminer l'étendue des dommages éprouvés par une victime d'un crime dont l'auteur a été reconnu coupable et ordonner que la victime reçoive réparation pour le préjudice subi. Cette disposition permet un accès à la réparation directement contre l'auteur de la violation, cette dernière constituant en outre un crime dont peut juger la CPI. L'article 79 prévoit, pour sa part, l'établissement d'un Fonds au bénéfice des victimes des crimes sur lesquels la Cour a compétence pour permettre une réparation effective, dans la mesure où une décision fondée sur l'article 75 a été rendue. Cette évolution dans la reconnaissance du droit des victimes dans un cadre international de poursuites pénales est bienvenue, certes, mais elle s'inscrit dans un cadre restreint qui pourrait se montrer prohibitif. En effet, le *Statut de Rome* ne met pas en place un recours en réparation pour les victimes de violations du DIH à proprement parler; il permet plutôt aux parties, et au juge lui-même dans des circonstances exceptionnelles, de saisir le tribunal, après qu'ait été prononcé un verdict de culpabilité, pour qu'il se prononce sur les dommages subis. Sans condamnation, pas de réparation; sans poursuite, pas de réparation. C'est donc dire que les victimes de violations du DIH affectées par un conflit auquel la communauté internationale et la CPI ne porte pas une attention soutenue ou dont l'État dans lequel se déroule le conflit n'a pas ratifié le *Statut de Rome*⁵⁸ ne bénéficient pas des avancées en matière de droit à la réparation en droit pénal international.

En outre, il faut noter que, sous un angle plus pratique, le Fonds au bénéfice des victimes sera constitué d'argent et de biens meubles perçus par des amendes et des ordres de confiscation prononcés par la Cour ainsi que de contributions volontaires des États, d'entreprises privées, d'organisations et d'individus. Il est donc difficile de s'assurer qu'il y aura des fonds accessibles à tout moment, considérant le problème toujours présent de la solvabilité de défendeurs condamnés et la potentielle précarité de dons volontaires, qui peuvent ne pas être versés en raison d'intérêts diplomatiques,

⁵⁶ *Ibid.*, normes 79 et 80.

⁵⁷ *Supra* note 49.

⁵⁸ *Caveat* : le Conseil de sécurité peut utiliser son pouvoir de saisine prévu au *Statut de Rome* et adopter, en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies* [1945] 15 C.N.U.O.I. 365, une résolution pour référer une situation définie au Procureur de la CPI, nonobstant l'absence de ratification du traité par l'État visé, telle qu'elle l'a fait pour le Soudan en 2005 : voir la Rés. CS 1593 (2005), Doc. Off. CS NU, 5158^e sess., Doc. NU S/RES/1593/2005.

politiques et commerciaux. Reste que cette évolution marque un pas important pas dans la bonne direction et matérialise la prise en considération des besoins des victimes de conflits armés.

De plus, la mise en œuvre du principe de complémentarité peut diminuer l'accès des victimes aux mécanismes de réparation. Ce principe veut la CPI ne peut intervenir que lorsqu'une juridiction nationale n'a pas entamé de procédures pénales pour condamner les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre ou lorsqu'elle n'a pas la volonté ou les capacités de mener à terme les procédures; seul un processus judiciaire fiable, impartial et dépolitisé⁵⁹ permet que le principe de complémentarité soit invoqué au bénéfice de la juridiction nationale. Ce principe est donc ici un démembrement de la notion de retenue judiciaire assimilable au concept d'épuisement des recours internes et se veut, comme il a déjà été dit, « un compromis entre le respect du principe de souveraineté d'État et le respect du principe d'universalité » [notre traduction]⁶⁰. Sans mettre en doute le bien-fondé du principe et de son application dans *le Statut de Rome*, nous croyons que la complémentarité constitue tout de même un certain obstacle pour les victimes. Un État qui mettrait sur pied un tribunal interne spécial pour juger les personnes ayant commis des crimes de guerre peut très bien circonscrire son action à des poursuites pénales spécifiques, en grande partie pour calmer la clameur dans la communauté internationale. Dans les cas où la procédure pénale interne ne permettrait pas à la victime de participer (ce qui est le cas de presque toutes les juridictions de *Common Law*), on revient à la case départ pour la victime : elle peut soit avoir recours aux mécanismes prévus par le DPI – avec les limitations et les désavantages que cela comporte – soit utiliser les recours prévus dans le droit interne en utilisant les mécanismes généraux de droit commun (action en responsabilité) ou en invoquant des normes de droit internationales de droit humanitaire pour demander réparation. Or, nous verrons à travers l'ensemble du mémoire que les obstacles sont nombreux pour les victimes qui s'engagent dans ces avenues.

Il existe donc un droit à la réparation individuelle pour certaines victimes de violations de certaines normes de droit humanitaire, soit celles qui tombent sous la compétence de la CPI⁶¹. Pour toutes les victimes d'un conflit sur lequel la CPI n'enquête pas, ne porte pas d'accusations ou n'a tout simplement pas compétence, est-ce que le régime du DIH leur offre un recours en réparation individuelle?

⁵⁹ Voir le *Statut de Rome*, *supra* note 49, art. 17.

⁶⁰ Xavier Philippe, « The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh? » (2006) 862 RICR 375 à la p. 380 .

⁶¹ Voir le *Statut de Rome*, *supra* note 49, art. 5: crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression.

CHAPITRE II

LA RÉPARATION EN APPLICATION DES MÉCANISMES PRÉVUS PAR LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Un des défis constants du droit international public réside dans le respect de son application. En effet, l'efficacité même du système peut être mise en péril par la difficulté de mise en œuvre des règles édictées, difficulté qui est accentuée par la décentralisation des mécanismes de contrôle. Lorsque la prévention, la diffusion et la sensibilisation aux normes s'avèrent insuffisantes, la sanction juridique des violations devient alors un impératif essentiel au bon fonctionnement du système. Avant d'aborder les fondements juridiques du droit à la réparation en droit humanitaire, il est donc pertinent de réfléchir brièvement aux mécanismes de mise en œuvre propres à ce régime juridique. Dans le contexte de conflits armés, les mécanismes *a priori* (principalement la diffusion et la formation en temps de paix) sont habituellement privilégiés. Cela ne veut toutefois pas dire que la mise en œuvre *a posteriori* est totalement évacuée. La sanction judiciaire des violations par le truchement de la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité pénale de l'individu constitue en effet des moyens d'implémentation du DIH. Toutefois, comme l'ont affirmé Sassòli et Bouvier, les poursuites pénales constituent un maillon important de la mise en œuvre, mais elles ne devraient pas décourager les efforts visant à prévenir les violations et protéger les victimes par des moyens autres⁶².

2.1 Les fondements juridiques du droit à la réparation en droit international humanitaire

La notion de réparation existe en DIH, en conjonction avec la notion de répression. Lorsque la prévention et l'action n'ont pas eu les effets escomptés, les États parties aux *Conventions de Genève* ont l'obligation de faire cesser les infractions au droit humanitaire, de réprimer les infractions graves,

⁶² Sassòli Bouvier, *supra* note 2 à la p. 304.

mais aussi de payer des indemnités s'ils commettent, par l'intermédiaire des personnes faisant partie de leurs forces armées, ces violations. Cette obligation de réparation s'inscrit en premier lieu dans un élargissement des règles s'appliquant à la conduite des hostilités. Le raisonnement est le suivant : le droit limite les moyens et méthodes de combat, ce qui veut dire qu'il n'est pas possible pour les parties au conflit de faire la guerre de n'importe quelle façon. Si une partie au conflit va au-delà des limites prescrites par le droit, elles n'engagent pas uniquement sa responsabilité, elle se voit aussi forcée de remettre l'autre partie dans l'état où elle se trouverait avant que la violation ne soit commise. Par exemple, les États ayant dispersé des mines sans discrimination ou ayant causé d'autres atteintes illicites à l'environnement sont tenus de payer indemnité⁶³. Malgré le fait que certaines règles générales applicables à la réparation en droit international public se voient modifiées lorsque le droit humanitaire est en cause⁶⁴, on ne peut nier que le concept de réparation est intégré dans ce corpus juridique. On peut toutefois se questionner sur sa raison d'être. En effet, l'imposition d'une obligation de réparation aux parties au conflit ne relève-t-elle pas d'une application du principe de réciprocité, plutôt que d'une volonté de remettre les victimes en état?

Dans les prochaines pages, nous tenterons de voir quelle place le DIH réserve à l'individu en tant que victime, en regardant si les intérêts de cette dernière sont véritablement pris en charge et traduits sous forme de droits justiciables. Comme l'a affirmé Theodore Meron⁶⁵, malgré le fait que le droit de la guerre ait toujours contenu des règles visant à protéger des groupes de personnes (combattants et non-combattants), ce corpus juridique a été inévitablement animé par des considérations de stratégie militaire, de victoire et de réciprocité. La réciprocité, plus particulièrement, a longtemps été la clé du succès pour assurer le respect des normes et décourager leurs violations. Les sanctions, comme les responsabilités, sont collectives : en temps de guerre, elles se traduisent par les représailles des belligérants; après les hostilités, elles sont sous la forme de réparation de guerre. Dans ce contexte, la réparation en droit humanitaire peut-elle donc être aussi un droit individuel?

⁶³ Voir le *Rapport sur la protection des victimes de la guerre*, préparé par le CICR pour la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre (1993) 803 RICR 415.

⁶⁴ Voir par ex. Sassòli Bouvier, *supra* note 2, aux pp. 297 et 298 : la responsabilité de l'État est absolue pour tous les actes commis par ses forces armées. Les représailles contre la population civile et les biens protégés, la réciprocité dans l'application des traités et la renonciation aux droits sont interdits.

⁶⁵ Meron, « Humanization », *supra* note 5 aux pp. 242 et 243.

2.1.1 Les droits primaires : existe-t-il des « droits humanitaires »?

Le droit à la réparation est un droit secondaire, c'est-à-dire qu'il ne se matérialise que lorsqu'une série d'éléments préalables ont été réunis, y incluant la contravention à une obligation prévue par le corps de loi visé. Donc, pour savoir si les victimes de violations du DIH possèdent un droit de recours, y incluant un droit à réparation, il est impératif d'identifier en premier lieu si des droits substantifs ont été attribués aux individus par le DIH.

Quoique le droit humanitaire ait été initialement formulé en termes de prohibitions s'adressant aux parties au conflit, un langage plus axé sur les droits s'est développé à travers les années. Dans les quatre *Conventions de Genève de 1949*⁶⁶ et dans le *Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés internationaux*⁶⁷ régissant les conflits armés internationaux, on répertorie près d'une quarantaine d'articles où le mot « droit »⁶⁸ est utilisé. Dans chacune de ces dispositions, les titulaires de ces droits sont les personnes protégées par chacune des conventions⁶⁹. Que ce soit le droit du prisonnier de guerre de présenter aux autorités militaires qui le détiennent des requêtes concernant le régime de captivité auquel il est soumis⁷⁰ ou le droit des personnes civiles protégées de s'adresser aux Puissances protectrices, au CICR ainsi qu'aux sociétés nationales⁷¹, il est clair que les individus, ou à tout le moins certaines catégories de personnes, possèdent des droits en vertu du régime du droit humanitaire applicable aux conflits armés internationaux. Au surplus, la clause d'inaliénabilité des

⁶⁶ Nommément : *Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 [CGI]; la *Convention pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 [CGII]; la *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 [CGIII]; la *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 [CGIV ou la quatrième convention]. Les textes de ces conventions sont disponibles en ligne : Comité international de la Croix-Rouge <www.cicr.org/dih> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁶⁷ PI, *supra* note 32.

⁶⁸ Dans la version anglaise des conventions, le terme « entitled » est aussi utilisé pour référer au concept de « droit ». Voir par ex. la CGIV, art. 27 : version anglaise : « Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their person [...] » version française : « Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne [...] ».

⁶⁹ Voir de façon non exhaustive la CGI et CGII, art. 6 et 7; la CGIII, art. 6, 7, 14, 28(2), 54, 73, 81, 105, 106, 107 et 130; la CGIV, art. 5, 7, 8, 27, 30, 35, 38, 40, 43, 48, 52(1), 71(2), 72, 73, 75(1), 76(6), 78(2), 80, 101 et 147; le PI, art. 44(5), 45(3), 75 et 85(4).

⁷⁰ CGIII, art. 78.

⁷¹ Art. commun 8 et 10 (CGI, CGII et CGIII) / 9 et 11 (CGIV).

droits que l'on retrouve dans les quatre *Conventions de Genève* dans laquelle on dispose que les personnes protégées « ne pourront en aucun cas renoncer partiellement ou totalement aux droits que leur assure la présente Convention »⁷² vient reconnaître de façon expresse l'existence de ces droits.

En ce qui a trait aux victimes des conflits armés non internationaux régis par l'article 3 commun aux *Conventions de Genève* et le *Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés non internationaux*⁷³, elles aussi possèdent des droits humanitaires. Nous sommes d'avis que ces deux textes confèrent aux personnes qui ne participent pas directement aux hostilités le droit d'être traitées avec humanité et sans distinction de caractère défavorable, le droit d'être protégées des atteintes portées à la vie, à l'intégrité corporelle et à la dignité ainsi que le droit de bénéficier des garanties judiciaires reconnues, même si le terme « droit » n'est pas utilisé expressément. Cette position fait écho aux propos tenus par Zegveld:

Apart from clear-cut examples of rules that can be conceptualized as "individual humanitarian rights", and with the purposes of IHL in mind, it is possible to identify many more rules that contain elements of individual benefits. For example, the grave breaches provisions could be construed as conferring individual humanitarian rights against acts such as willful killing, torture or inhuman treatment willfully causing great suffering or serious injury to body and health. The same holds true for norms applicable in non-international armed conflicts, such as the prohibition of violence to life, outrages upon personal dignity, and humiliating and degrading treatment, stipulated in Article 3 common to the Geneva Conventions and in Article 4 of Additional Protocol II⁷⁴.

Notons finalement que les « droits humanitaires » existent au bénéfice de toutes les victimes de conflits armés régis par le DIH, sans exception. Si les droits énumérés aux *Conventions de Genève* sont d'application universelle (ces textes ayant été ratifiés par l'ensemble des États), les droits prévus par les deux protocoles additionnels ne jouissent pas du même statut. En effet, environ les deux tiers de tous les États ont ratifié ces documents⁷⁵. Toutefois, le caractère coutumier des normes conventionnelles attribuant des droits humanitaires qui sont contenues dans les Protocoles nous permet d'affirmer que ces droits existent dans tous les cas de conflits armés, peu importe que l'État impliqué ait ratifié ou non le protocole applicable au conflit dans lequel il est partie⁷⁶.

⁷² Art. 7/7/7/8 commun aux quatre *Conventions de Genève*.

⁷³ 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609 [PII].

⁷⁴ Zegveld, « Remedies for Victims », *supra* note 19 à la p. 504.

⁷⁵ En date du 20 mai 2007, 167 États étaient parties au PI tandis que 163 États étaient parties au PII.

⁷⁶ Voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, dir., *Customary International Humanitarian Law* vol. 1, Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005 aux pp. 299-323. Le caractère coutumier des règles suivantes semble consacré dans les Règles suivantes, autant dans le cadre de conflits armés internationaux que non

2.1.2 Les droits secondaires : qu'est-ce que le droit à la réparation en vertu du DIH?

Le droit applicable aux conflits armés internationaux consacre aux articles 3 de la *Convention IV relative aux lois et coutumes de la Guerre (1907)*⁷⁷ et 91 du *Premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève*⁷⁸ le droit d'obtenir réparation des préjudices subis à la suite de violations du DIH⁷⁹. Ces dispositions imputent l'obligation de réparation aux États, entre autres en raison du champ d'application (les conflits armés internationaux) et de la formulation des articles 91 PI et 3 CIV (1907) qui reflète avec justesse les principes de base du droit international public.

Notons tout d'abord que la notion de réparation fait partie du droit international humanitaire coutumier. En effet, il est affirmé dans les *Commentaires du CICR* au sujet de l'article 91 PI que « cet article reproduit pour ainsi dire textuellement, sans l'abroger, ce qui signifie qu'il reste de droit coutumier pour tous, l'article 3 de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 »⁸⁰. De plus, la Règle 150 contenue dans *l'Étude du CICR sur le DIH coutumier* dispose qu'un État responsable pour les violations du droit international humanitaire doit

internationaux : l'obligation de traitement humain à la Règle 87 (aux pp. 306-308) ; l'interdiction de discrimination à la Règle 88 (aux pp. 308-311) ; la prohibition du meurtre à la Règle 89 (aux pp. 311-314) ; l'interdiction de la torture et de tout traitement inhumain à la Règle 90 (aux pp. 315-319) ; l'interdiction du viol à la Règle 93 (aux pp. 323-327), etc. Pour prendre connaissance de l'état du droit conventionnel et de la pratique étatique (législation interne, manuels militaires, jurisprudence et déclarations officielles) ainsi que la pratique des organisations internationales et au sujet des règles coutumières du droit international humanitaire, voir le Vol. 2. [*Étude du CICR sur le DIH coutumier*].

⁷⁷ 18 octobre 1907, 36 R.T.S.N. 539, art. 3 : « La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée » [CIV (1907)].

⁷⁸ *Supra* note 32, art. 91 : « La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées ».

⁷⁹ À noter que le *Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 26 mars 1999, 38 I.L.M. 769, art. 38, mentionne lui aussi explicitement le droit à la réparation : « Aucune disposition du présent Protocole relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international, notamment l'obligation de réparation ».

⁸⁰ Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, dir., *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 1949*, Genève, CICR, 1987 à la p.1079, para. 3645, en ligne : CICR <www.icrc.org/dih> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Commentaires du CICR PI et PII*].

effectuer une réparation totale pour la perte ou les blessures occasionnées, et ce, pour tout type de conflit armé⁸¹.

En outre, on peut inférer l'obligation étatique de réparation des articles communs aux quatre *Conventions de Genève* traitant de la responsabilité des parties contractantes⁸² : ces articles rappellent l'impossibilité d'exonération de responsabilité pour les Hautes Parties contractantes lorsqu'il y a commission d'infractions graves. L'État demeure donc responsable des infractions aux Conventions, il ne peut refuser de reconnaître sa responsabilité pour la raison que les auteurs aient été punis et il reste, par exemple, tenu de payer une indemnité⁸³. En outre, lorsque ces articles communs aux quatre *Conventions de Genève* sont lus en conjonction avec l'article 31 du *Projet d'article sur la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite* qui dispose que « l'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite »⁸⁴, on voit une consécration tacite de l'obligation de réparer le préjudice subi à la suite d'une violation des normes de droits humanitaires en temps de conflit armé international.

La notion de réparation existe donc en DIH, sans qu'il soit toutefois spécifié, explicitement à qui cette obligation de réparation est due : est-ce uniquement à l'État lésé? Qu'en est-il des victimes individuelles? Est-ce que le DIH leur accorde un droit à la réparation?

En ce qui a trait au droit coutumier applicable aux conflits armés internationaux, l'*Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier* mentionne que la réparation peut être demandée par les États et directement par les individus. L'obtention de cette réparation s'envisage toutefois par des mécanismes plus larges que ceux qui sont discutés ci-dessous, en application des articles 3 CIV (1907) et 91 PI. Il est fait mention, par exemple, des ententes (interétatiques et autres) et des actes d'État unilatéraux par lesquels les victimes individuelles sont directement indemnisées. Il est vrai que ces mécanismes constituent une voie d'accès à la réparation; nous expliquerons plus loin pourquoi nous considérons toutefois que ces dispositifs présentent certaines lacunes pour les victimes individuelles. L'*Étude du CICR sur le DIH coutumier* confirme toutefois que les articles 3 CIV (1907) et 91 PI n'indiquent pas qui est bénéficiaire de l'obligation de réparation et quels sont les

⁸¹ *Étude du CICR sur le DIH coutumier*, supra note 76 à la p. 537. Notre traduction : « A State responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused ».

⁸² CGI, art. 51 / CGII, art. 52/CGIII, art. 131/CGIV, art. 148.

⁸³ *Commentaires du CICR CGIV*, supra note 4, à la p. 645.

⁸⁴ *Projet d'articles pour la responsabilité de l'État*, supra note 20, art. 31.

mécanismes de révision de réclamations pour compensation⁸⁵. Si certains auteurs infèrent de ces articles l'existence d'un droit individuel secondaire de demander réparation pour violations des « droits humanitaires » substantifs, la plupart d'entre eux soutiennent que ces règles régissent uniquement les relations entre États et que, quoiqu'elles puissent être appliquées au bénéfice des victimes, elles ne peuvent pas être invoquées directement par ces dernières. Qu'en est-il vraiment?

Des auteurs, tels que Rudolf Dozler, soutiennent l'impossibilité d'une application directe de l'article 3 CIV (1907), en affirmant que le droit de La Haye n'accorde aucun droit aux victimes qui ont subi un dommage imputable à un État résultant d'une violation du droit international. Il justifie sa position en citant entre autres Vattel, Brownlie ainsi que la synthèse de 1986 de la *Loi américaine sur les relations étrangères*⁸⁶. D'autres auteurs, tels que A. W. Freeman⁸⁷ et G.H. Aldrich⁸⁸, ont tenu des propos similaires. Pierre d'Argent considère lui aussi qu'une interprétation de ces articles de façon à y voir un droit individuel à un recours et à réparation sollicite très largement le texte, qu'elle n'est pas conforme à la volonté de leurs auteurs et qu'elle a été souvent, de toute façon, rejetée par la jurisprudence⁸⁹. D'Argent ne voit pas dans ces articles un fondement suffisant pour établir un droit individuel qui serait transposable directement dans les ordres juridiques internes. Il ne ferme toutefois pas complètement la porte à une reconnaissance éventuelle de ce droit, admettant que :

il n'est pas impossible qu'à la suite de l'évolution du droit international des droits de l'homme, le droit des gens en vienne à consacrer au bénéfice des individus le droit d'obtenir réparation de leurs préjudices causés par certaines violations particulièrement graves du *jus in bello* lorsqu'elles emportent des atteintes à certains droits humains fondamentaux universellement reconnus et en tout temps indérogeables⁹⁰.

⁸⁵ *Étude CICR sur le DIH coutumier*, supra note 76 à la p. 544.

⁸⁶ Rudolf Dozler, « The Settlement of War-Related Claims :Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945 » (2002) 20 Berkley J. Int'l L. 296 à la p. 308. Mentionnons au passage que Dolzer ne fait aucune mention de l'article 91 PI.

⁸⁷ A.W.Freeman, « Responsibility of the State for Unlawful Acts of Their Armed Forces » (1955-II) 88 Recueil des Cours de l'Académie de droit international 267 à la p. 333.

⁸⁸ George H. Aldrich, « Individuals as Subjects of International Humanitarian Law » dans Jerzy Makarczyk, dir., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, 851 [Aldrich].

⁸⁹ Pierre D'Argent, « Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés)? – la question des réparations en cas de violations massives des droits de l'homme » (2003) 5 FORUM 10 à la p. 13 [D'Argent]. Voir aussi du même auteur, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002.

⁹⁰ D'Argent, *ibid.* à la p. 14.

Cette référence à l'évolution du droit à la réparation dans le temps et la pratique a aussi été utilisée dans les *Commentaires du CICR CGIV*, par rapport à l'article 148 (commun aux 4 *Conventions de Genève*) statuant sur l'impossibilité d'exonération de la responsabilité étatique dans le cas de commission d'infractions graves dont nous avons fait mention plus haut, pour en arriver toutefois à des résultats différents. Notons que ces commentaires ont été formulés dans les années 1950, peu de temps après l'adoption des 4 *Conventions de Genève* :

À notre avis, l'article 148 a pour objet d'empêcher que, dans une convention d'armistice ou dans un traité de paix, le vaincu ne soit contraint de renoncer à toute réparation due à raison d'infractions commises par des personnes se trouvant au service du vainqueur. En effet, en ce qui concerne la réparation matérielle des infractions à la Convention, il n'est pas possible, tout au moins en l'état actuel du droit, d'imaginer que les personnes lésées puissent tenter directement une action contre l'État au service duquel se trouvait l'auteur de l'infraction. Seul un État peut formuler de telles revendications à l'égard d'un autre État. Ces réclamations rentrent généralement dans le cadre de ce qu'on a appelé les « réparations de guerre ». Il paraîtrait injuste que les individus fussent punis alors que l'État au nom de qui ils agissent — et parfois sur ses instructions — serait libéré de toute responsabilité [nos soulignements]⁹¹.

On peut voir dans cette analyse une infirmation de la théorie de l'application directe de l'article 3 CIV (1907) aux victimes individuelles. Cette interprétation de « l'état actuel du droit » dans les années 50 nous surprend toutefois un peu, considérant l'histoire et le contexte de négociation ayant mené à l'adoption de l'article 3, au début du 20^e siècle. En effet, comme le rapporte Frits Kalshoven⁹², la question de la réparation individuelle était prise en considération dans les textes normatifs dès 1899 : par exemple, les articles 52 et 53 de la *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*⁹³ visaient l'indemnisation à fournir aux communes et aux habitants qui sont sous occupation lorsque sont réclamées des réquisitions en nature ou de services pour les besoins de l'armée, actes qui sont, en soi, légaux. Kalshoven nous apprend ensuite que lors la Deuxième Conférence internationale de la paix de La Haye de 1907 le délégué allemand Major-Général Von Gündell a proposé l'ajout de deux articles, le premier visant la compensation des personnes neutres et le second celle de la Partie adverse. La Conférence a finalement combiné les deux articles en un seul, pour donner l'article 3 tel qu'on le connaît⁹⁴. Reste que le principe d'invocation de la responsabilité de l'État dans le but de

⁹¹ *Commentaires du CICR CGIV*, *supra* note 4 aux pp. 645 et 646.

⁹² Frits Kalshoven, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces » (1991) 40 I.C.L.Q. 827 à la p. 830 [Kalshoven, « State Responsibility »].

⁹³ *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 29 juillet 1899, dans *Conférence internationale de la Paix 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907, aux pp. 19-28, en ligne : CICR <http://www.icrc.org/dih.nsf/FULL/150?OpenDocument> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁹⁴ Voir Kalshoven, « State Responsibility », *supra* note 92 à la p. 832, n. 20. Il est intéressant de noter que Kalshoven identifie les bénéficiaires de l'obligation posée par l'article 3 comme étant uniquement les

permettre à la victime d'obtenir compensation des dommages subis sur lequel reposait la proposition allemande n'a jamais semblé être sujet de controverse lors de la Conférence. Ceci fait dire à Kalshoven que « [t]he article is unmistakably designed to enable [individual beneficiaries] to present their bills directly to the State, i.e. to its competent (military or other) authorities, either during or after war »⁹⁵ et que « [t]he question of responsibility of one State vis-à-vis another State apparently never entered the minds of the draftsmen [of article 3] »⁹⁶.

Il est vrai que certains auteurs n'ont pas une interprétation aussi tranchée que Kalshoven sur l'histoire de l'adoption de l'article 3 CIV (1907). Par exemple, l'étude approfondie des *Travaux préparatoires* ayant mené à l'adoption de cet article réalisée par Micaela Frulli⁹⁷ et reprise par Andrea Gattini⁹⁸, nous apprend que cette disposition a donné lieu à certaines discussions. Frulli cite en effet une intervention d'un délégué britannique pour venir souligner les difficultés pratiques inhérentes à la reconnaissance d'un droit individuel qui découlerait de l'obligation de compensation monétaire qui incombe aux États :

Je ne conteste pas l'obligation qui existe pour une Puissance belligérante de dédommager ceux qui ont été victimes de la violation des lois et des coutumes de la guerre et la Grande-Bretagne ne désire aucunement se soustraire à ses obligations. Je ferai seulement observer qu'il est souvent fort difficile de constater cette violation et la portée du dommage causé. Proclamer le principe est facile, mais il est bien difficile de l'appliquer sans soulever de contestations qui nuisent aux bons rapports des États qui doivent résoudre le problème⁹⁹.

L'analyse des *Travaux préparatoires* fait dire à Frulli que l'introduction de l'article 3 CIV (1907) avait deux objectifs : premièrement, établir que chaque Puissance belligérante est responsable des violations des règles commises par ses forces armées et, en second lieu, établir pour les États parties l'obligation de compensation des victimes civiles ressortissantes d'un État neutre ou de l'État ennemi comme étant la conséquence de ces violations. Ce constat lui fait affirmer, pour l'article 3 CIV

ressortissants ennemis et les civils neutres, et non les combattants ou les prisonniers de guerre, même si certaines dispositions du *Règlement à la Convention IV de 1907* visent le traitement qui est accordé à ces derniers.

⁹⁵ *Ibid.* à la p. 836.

⁹⁶ *Ibid.* à la p. 838.

⁹⁷ Micaela Frulli, « When Are States Liable Toward Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case » (2003) 1 JICL 406 [Frulli, « When Are States Liable »].

⁹⁸ Andrea Gattini, « To What Extend are States Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individual Claims for War Damages? » (2003) 1 JICL 348 aux pp. 350 et s. [Gattini, « To What Extent »].

⁹⁹ Deuxième Conférence internationale de la paix, La Haye, 15 juin-18 octobre 1907, *Actes et documents*, vol. III, à la p. 147, tel que cité dans Frulli, « When Are States Liable », *supra* note 94 à la p. 417 [*Travaux préparatoires CGIV (1907)*].

(1907), que « there is still ambiguity with respect to the right of individuals to directly seek and obtain compensation »¹⁰⁰. Nous verrons plus loin qu'outre les discussions durant les Travaux préparatoires de la CIV (1907), rien dans la jurisprudence subséquente et dans la pratique générale n'a laissé voir l'émergence d'un droit individuel d'obtenir directement réparation. Ceci explique donc un peu mieux la position adoptée par le CICR dans ses *Commentaires* au sujet des articles prévoyant l'impossibilité d'exonération de responsabilité étatique qui se trouvent dans les 4 *Conventions de Genève*.

Le constat n'est pas nécessairement plus clair en ce qui a trait à l'article 91 PI dans lequel la notion d'indemnité est aussi évoquée. Cette disposition possède une formulation presque identique à celle de l'article 3 CIV (1907). Elle vise non seulement les violations des dispositions du Protocole, mais aussi celles des quatre *Conventions de Genève*; le libellé est donc assez large. Les *Travaux préparatoires* ne nous fournissent pas d'information cruciale sur le contexte d'adoption. Tel que nous le rapporte Frulli¹⁰¹, c'est un délégué vietnamien qui proposa l'article, en affirmant qu'il s'agissait là d'une volonté de réaffirmer le principe de réparation dont disposait déjà l'article 3 CIV (1907). Le but recherché était certainement d'élargir le spectre d'application de la réparation, mais il n'est pas aussi clair de savoir si le délégué vietnamien, ainsi que tous les États présents, songeait à la situation d'une réparation individuelle. L'examen de la Conférence diplomatique ayant mené à l'adoption des deux Protocoles additionnels auquel Kalshoven a procédé nous donne toutefois un peu plus d'information. Il nous apprend en effet qu'on peut lire dans les *Actes de la Conférence* que les parrains de l'article 91 PI avaient puisé leur inspiration « de la destruction et des ravages qui ont résulté des guerres d'agression coloniale et néo-coloniale infligées sur le territoire de pays d'Asie où la population était faible et mal armée, tel qu'il était arrivé au Vietnam et dans certains pays africains » [notre traduction]¹⁰². Reste que la question de l'existence ou non d'un droit individuel à la réparation n'a pas été soulevée lors du processus de rédaction de l'article 91 PI. Il est donc difficile de connaître plus en détail la portée voulue de l'article. L'interprétation de Kalshoven est selon laquelle l'article 91 engage la responsabilité de la partie au conflit vis-à-vis d'un État ou, à la limite, une communauté ou un groupe mais non vis-à-vis d'une victime individuelle¹⁰³. La lecture des *Commentaires du CICR PI et PII* au sujet de l'article 91 PI nous amène toutefois sur une autre piste, celle-ci ouvrant la porte sur la reconnaissance d'un droit individuel :

¹⁰⁰ *Ibid.* à la p. 418.

¹⁰¹ Frulli, « When Are States Liable », *supra* note 97 à la p. 416.

¹⁰² Kalshoven, « State Responsibility » *supra* note 92 à la p. 845.

¹⁰³ Voir par ex. *ibid.* à la p. 846.

Les ayants droit à l'indemnité seront normalement des Parties aux conflits, ou leurs ressortissants. [...]

Sauf cas exceptionnels, les personnes de nationalité étrangère lésées par le comportement illicite d'une Partie au conflit devront s'adresser à leur propre gouvernement qui fera valoir leur plainte auprès de la ou des Parties auteurs de la violation, mais, on peut relever, depuis 1945, une tendance à reconnaître l'exercice de droits individuels [notes omises - notre soulignement]¹⁰⁴.

On peut être surpris de cette affirmation du CICR, surtout lorsqu'on la place avec celle faite trente ans plus tôt au sujet de l'article 148 commun aux 4 *Conventions de Genève*, où le droit individuel à la réparation semblait infirmé¹⁰⁵. Il est en effet difficile de réconcilier le tout. On peut toutefois voir dans ce dernier commentaire un *obiter* sur l'état du droit, et non sur la portée d'application de l'article 91 PI. En tout état de cause, nous croyons que ce sont ces *Commentaires du CICR*, à la lumière de la revue du contexte d'adoption de l'article 3CIV (1907), qui ont fait dire à Frulli :

I may thus be contented that Article 91 also lays down a rule binding on the contracting parties to the effect that they are mandated to pay damages caused to individuals by humanitarian law violations committed by their armed forces. It still remains unclear whether individuals have a corresponding right to seek compensation within domestic legal orders¹⁰⁶.

Notons en outre que la Commission d'enquête internationale sur le Darfour des Nations Unies s'est fondée sur les articles 3CIV (1907) et 91PI pour affirmer en 2005 que les violations graves du droit humanitaire et des droits humains n'entraînent pas uniquement une responsabilité pénale pour les auteurs, mais aussi une responsabilité pour l'État (ou la partie au conflit assimilable à l'État) au nom duquel l'acte a été commis. La Commission d'enquête a même spécifié que cette responsabilité impliquait le paiement d'une compensation à la victime¹⁰⁷.

L'analyse des articles 3 CIV (1907) et 91 PI à laquelle nous venons de procéder nous permet de constater que plusieurs interprétations s'offrent à nous et que la place que leur réserve le droit humanitaire n'est pas clairement définie dans les textes normatifs. À la lumière de la doctrine, nous

¹⁰⁴ *Commentaires du CICR PI et PII*, *supra* note 80 à la p. 1082, para. 3656.

¹⁰⁵ Voir l'extrait des *Commentaires du CICR CGIV*, *supra* note 4, à la note 91, ci-dessus.

¹⁰⁶ Frulli, « When Are States Liable » *supra* note 97 à la p. 418.

¹⁰⁷ *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564*, 1^{er} février 2005, Doc. NU S/2005/60, para. 593.

sommes toutefois à l'aise d'affirmer, comme plusieurs autres auteurs l'ont fait avant nous¹⁰⁸, que ces deux dispositions consacrent, dans une certaine mesure, le droit individuel des particuliers d'obtenir réparation des préjudices découlant des violations du droit humanitaire. Il reste toutefois difficile de trancher définitivement sur la question de savoir si la victime possède en DIH un droit procédural de présenter elle-même sa requête. Considérant la difficulté d'interprétation des articles, la question de l'application directe ou non de ces articles sera traitée plus en détail dans une section subséquente, dans laquelle nous nous attarderons à l'interprétation jurisprudentielle de ces dispositions¹⁰⁹.

Pour l'instant, nous pouvons affirmer que lors de l'adoption du PI en 1977 et la reprise quasi intégrale du langage de l'article 3 CIV (1907) à l'article 91, il était de l'intention des États de s'écarter — un tant soit peu — de la conception classique du droit international public et se reconnaître la place de plus en plus définie qu'occupe l'individu dans ce milieu « étatique ». On reconnaît toutefois du même souffle que l'intention n'allait peut-être pas aussi loin que de créer un véritable droit procédural pour les individus, engendrant ainsi une institution novatrice en droit international public. Il s'agit plutôt minimalement d'une reconnaissance de l'individu comme bénéficiaire des protections qu'offre le droit humanitaire et d'une prise en considération de ces intérêts précédents, durant et après le conflit. On peut appuyer cette interprétation en citant le rapporteur de la III^e commission de la Conférence diplomatique de Genève de 1949 qui a déclaré que :

¹⁰⁸ Voir par ex. Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1999 à la p. 570, n° 4.27; Theodore Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Oxford University Press, 1989 à la p. 224; Marco Sassòli, « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law » (2002) 84 RICR 401 à la p. 419 [Sassòli, « State Responsibility »] : « [...] in international humanitarian law [...] many rules are formulated in a human rights-like manner as entitlements of war victims. In such cases the only problem is procedural, i.e. that the injured individuals have no standing in the usual procedures for the settlement of disputes. Substantively they do have, however, an entitlement under international law » [note omise]. Voir aussi Emanuela-Chiara Gillard, « Reparations for violations of international humanitarian law » (2003) 851 RICR 529 à la p. 536 [Gillard, « Reparations »] : « While there is general consensus that there is no reason for limiting the right to compensation referred to in the Hague Convention and Additional Protocol I to States and that individual victims should also benefit, problems have arisen when such persons have attempted to enforce the right to reparations — usually compensation — directly before national courts » [note omise]; Zegveld, « Remedies for victims », *supra* note 19 à la p. 506 : « The liability of parties to a conflict to pay compensation for violations of IHL committed by persons forming part of their armed forces could entail an obligation to compensate not only States but also individual victims. [...] Several experts have taken the view that the very purpose of the article has been to confer rights directly on individuals » [notes omises]; Riccardo Pissillo Mazzeschi, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview » (2003) 1 JICL 339 aux pp. 341 et 342 [Mazzeschi] : « In our opinion, Article 3 Hague Convention n° IV and Article 91 of Protocol I should therefore be jointly interpreted as rules providing for an obligation of reparation in favour both of states and of injured individuals ».

¹⁰⁹ Voir le chap. II, section 2, ci-dessous, pour l'analyse de cette question à la lumière de la jurisprudence.

Il ne suffit pas d'accorder les droits aux personnes et d'imposer aux États une responsabilité; il faut encore fournir aux personnes protégées les appuis qui leur sont nécessaires pour faire valoir leurs droits, sans quoi elles seraient juridiquement désarmées en face de la Puissance au pouvoir de laquelle elle se trouve [...] ¹¹⁰.

Cette affirmation, qui est en quelque sorte une application de la maxime « a right without a remedy is not a right at all », pourrait venir renforcer la position selon laquelle le droit humanitaire attribue un droit à la réparation aux victimes de violations. Il faut toutefois replacer cette citation dans son contexte et comprendre plus exactement en quoi consistent ces « appuis nécessaires pour faire valoir les droits ». Cette déclaration a été faite dans le cadre des discussions au sujet de l'adoption de l'article 30 CGIV, les « appuis nécessaires » consistent ici en l'obligation pour la Puissance au pouvoir de fournir aux personnes protégées les moyens nécessaires pour communiquer avec la Puissance protectrice, le CICR et les sociétés nationales. L'obligation ne semble donc pas nécessairement s'étendre jusqu'à fournir les moyens procéduraux de faire valoir le droit primaire dans l'éventualité d'une violation. Toutefois, ce type d'affirmation vient renforcer la position, qui est la nôtre, selon laquelle le droit des individus d'obtenir réparation au niveau international existe, malgré le fait qu'il semble improbable que l'individu puisse exercer et exécuter directement ce droit à travers des mécanismes et recours internationaux. Si l'on peut affirmer qu'en droit international humanitaire, il y a eu un passage de l'étatique à l'individuel dans une certaine mesure, il est beaucoup plus difficile de soutenir qu'il y a eu passage d'individuel à individualisé, et qu'il est presque impossible d'argumenter un passage à la justiciabilité, compte tenu, nous le verrons plus loin, de l'état de la jurisprudence.

Finalement, il y a lieu de préciser ici que tout ce débat autour de la notion d'indemnisation des victimes en droit humanitaire conventionnel n'englobe que les conflits armés internationaux. Le fait que la notion de réparation ne fait pas partie du droit des traités s'appliquant aux conflits armés non internationaux est incontesté. Ceci est une lacune considérable du DIH, qui est toutefois atténuée par le fait que la Règle 150 de *l'Étude du CICR sur le DIH coutumier* dont nous avons discuté plus haut dans la présente section s'applique aux conflits armés internationaux et non internationaux, permettant ainsi de réclamer réparation contre les groupes d'opposition armés, en plus de l'État. Reste que, lorsque l'on sait que parmi les dix-sept conflits armés majeurs répertoriés en 2005 ¹¹¹, aucun n'est un conflit armé

¹¹⁰ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, vol.II-A à la p. 805 tel que cités dans les *Commentaires du CICR CGIV*, *supra* note 4 à la p. 230, art. 30.

¹¹¹ Lotta Harbom et Peter Wallensteen, « Major Armed Conflicts » dans *Stockholm International Peace Research Institute (SPIRI) Yearbook 2006 Armement, Disarmement and International Security*, Stockholm, Suède, 2006, annexe 2A, en ligne : <<http://yearbook2006.sipri.org/chap2/app2A>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

non international, on voit la portée limitée des discussions sur l'impact du droit conventionnel en ce qui a trait à la réparation.

2.2 L'application directe du droit humanitaire en droit interne : examen des jurisprudences nationales¹¹²

Pour évaluer la justiciabilité du droit à la réparation prévu par le DIH par rapport à la victime, un survol de l'état de la doctrine était nécessaire; un constat de l'état de la jurisprudence se fondant sur les articles 3 CIV (1907) et 91 PI est tout aussi fondamental. Le précédent judiciaire pèse lourd dans la balance quand vient le temps d'évaluer la justiciabilité d'un droit. En effet, l'article 31(3)c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹¹³ portant sur les règles générales d'interprétation indique qu'il « sera tenu en compte, en même temps que le contexte [...] de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ». Donc, pour pouvoir mieux interpréter les articles 3 CI (1907) et 91 PI, il est des plus pertinents d'examiner la pratique des États à travers les décisions qui émanent de leurs tribunaux domestiques.

2.2.1 Les recours contre l'État

Nous avons recensé nombre d'affaires dans lesquelles des victimes individuelles de violations de droit international humanitaire ont tenté d'obtenir réparation de la part de l'État auquel était imputable la violation. Nous verrons à la lumière d'une analyse empirique de la pratique des États que les tribunaux nationaux rejettent dans presque tous les cas les actions individuelles contre les États qui

¹¹² À noter que lorsque qu'une norme émanant d'un traité de droit international public fonde directement un recours, la qualification dudit traité comme étant ou non directement applicable en droit interne (« *self executing treaty* ») est primordiale. Même s'il ne s'agit pas en soi d'une question du droit interne de l'État où l'action est entamée, il est important de s'y attarder pour évaluer comment sont mis en œuvre les droits qui peuvent être interprétés comme étant justiciables individuellement. Nous évoquerons donc ce concept fréquemment dans les prochaines pages, puisqu'il constitue en quelque sorte, le pont entre le droit international humanitaire et le droit interne. Voir, à ce sujet, Christopher Greenwood, « Rights to Compensation of Former Prisoners of War and Civilian Internees under Article 3 of Hague Convention n° IV, 1907 : Expert Opinion » dans H. Fijita, I. Suzuki et K. Nagano, dir., *War and the Right of Individuals : Renaissance of Individual Compensation*, Tokyo, Nippon Hyoron-sha, 1999, 59 à la p. 68.

¹¹³ 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354.

se fondent directement sur des dispositions du droit humanitaire. Puisque la pratique judiciaire se veut généralement uniforme au sein d'un même État, nous procéderons à une analyse jurisprudentielle ordonnée par pays dans lequel l'action civile a été entamée.

Soulignons ici qu'il ne s'agit pas d'une revue jurisprudentielle *in extenso*. Les décisions qui sont examinées ci-après ont été sélectionnées parce qu'elles émanent toutes de juridictions nationales, qu'elles sont toutes intentées par une ou plusieurs victimes individuelles contre un État et qu'elles se fondent ou qu'elles analysent les articles 3 CIV (1907) et/ou 91 PI. Il n'y a pas une pléthore de décisions remplissant ces critères, mais nous ne prétendons pas ici à l'exhaustivité. Les décisions pertinentes ont tout d'abord été identifiées, pour ensuite être classées en fonction de leur rattachement respectif à une juridiction étatique (États-Unis, Japon, Grèce et Italie), pour permettre d'évaluer l'uniformité de la pratique judiciaire au sein d'un même État.

2.2.1.1 Les États-Unis : les affaires *Tel-Oren* et *Princz*

Dès 1829, le Juge en chef Marshall décrit, dans la décision *Foster v. Neilson*, dans quelles conditions un traité ou une convention internationale peut faire naître un droit d'action individuel et s'appliquer directement en droit interne américain :

Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial, department¹¹⁴.

En termes plus simples, la question ici est de savoir si le droit à la réparation dont dispose la CIV (1907) et le PI peut être mis en œuvre par les tribunaux américains sans qu'il soit nécessaire que le Congrès légifère à ce sujet.

L'*Affaire Tel-Oren*¹¹⁵ paraît, à première vue, éloignée de l'analyse que nous effectuons du droit individuel à la réparation pour les victimes de violations du droit humanitaire. En effet, les demandeurs, majoritairement des citoyens israéliens, poursuivent la Libye, mais aussi d'autres entités

¹¹⁴ *Foster v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829).

¹¹⁵ *Tel Oren v. Libyan Arab Republic*, 517 F. Supp. 542 (D. D.C. 1981); 726 F.2d 774, (D.C. Cir. 1984) [*Affaire Tel Oren*].

non étatiques, telles que l'OLP et le Congrès palestinien d'Amérique du Nord, pour des dommages subis à la suite d'un attentat armé sur un autobus en mars 1978. Or, la Cour, en première instance comme en appel, ne semble pas avoir effectué la qualification préliminaire de la situation pour savoir s'il s'agit de troubles internes ou d'un conflit armé régi par le DIH. Nous pouvons donc difficilement nous expliquer pourquoi la Cour d'appel du district de Columbia, sous la plume du Juge Edwards, s'est prononcée sur la non-applicabilité directe en droit interne de l'article 3 CIV (1907). Nous analyserons tout de même ses commentaires, en prenant soin de les classer dans la catégorie des *obiter dictum*.

L'*Affaire Tel-Oren* donne le ton de l'interprétation constante qu'ont adoptée les tribunaux américains par rapport à l'applicabilité directe en droit interne du droit à la réparation telle que prévu dans la Convention IV de La Haye (1907) durant les dernières décennies. Voici le passage pertinent de la décision :

The Hague Conventions similarly cannot be construed to afford individuals the right to judicial enforcement. Although the Conventions contain no language calling for implementing legislation, they have never been regarded as law private parties could enforce.

La Cour poursuit en expliquant plus en détail les implications — politiques et diplomatiques — qu'elle entrevoit si l'article 3 était interprété comme attribuant un droit individuel à la réparation :

If they were so regarded, the code of behavior the Conventions set out could create perhaps hundreds of thousands or millions of lawsuits by the many individuals, including prisoners of war, who might think their rights under the Hague Conventions violated in the course of any large-scale war. Those lawsuits might be far beyond the capacity of any legal system to resolve at all, much less accurately and fairly; and the courts of a victorious nation might well be less hospitable to such suits against that nation or the members of its armed forces than the courts of a defeated nation might, perforce, have to be. Finally, the prospect of innumerable private suits at the end of a war might be an obstacle to the negotiation of peace and the resumption of normal relations between nations. It is for these reasons that the Conventions are best regarded as addressed to the interests and honor of belligerent nations, not as raising the threat of judicially awarded damages at war's end. The Hague Conventions are not self-executing¹¹⁶.

La même interprétation des *Conventions de La Haye* a été adoptée moins d'une décennie plus tard. L'*Affaire Goldstar Panama*¹¹⁷ a été introduite devant les tribunaux américains au début des années 90 par un regroupement d'entreprises panaméennes contre l'État américain pour obtenir réparation des dommages subis à la suite des émeutes et de rafles ayant fait rage dans le sillage de l'invasion du Panama. Les demandeurs ont argumenté que les États-Unis avaient une obligation

¹¹⁶ *Ibid.* (D.C. Cir. 1984) à la p. 810.

¹¹⁷ *Goldstar (Panama) S.A. v. United States*, 763 F. Supp. 1154 (D.D.C. 1991); 967 F.2d. 965 (4th Cir. 1992) [*Affaire Goldstar Panama*].

d'assurer la sécurité des civils sous leur contrôle. Quoique cette affaire implique des personnes morales, elle constitue un élément important de l'établissement de la pratique des États subséquente à l'adoption de l'article 3 CIV (1907), puisque c'est sur cette disposition que les demandeurs-appelants fondent leur action en dommages et intérêts. La position adoptée en première instance puis confirmée par la Cour d'appel américaine dans cette affaire, a l'avantage d'être sans équivoque : l'article 3 n'étant pas applicable directement en droit interne américain, il ne peut pas fonder une demande individuelle en réparation. Cette position se fonde sur une application stricte de la théorie du « self executing treaty » voulant qu'une convention internationale ne puisse attribuer un droit d'action individuel que si elle en dispose de façon expresse et explicite, comme l'indique cet extrait souvent cité de la décision :

Courts will only find a treaty to be self-executing if the document, as a whole, evidences an intent to provide a private right of action¹¹⁸.

Cette interprétation de l'article 3 est à nouveau maintenue dans l'*Affaire Prinz*¹¹⁹, à la différence que, cette fois-ci, la Cour a infirmé la décision de première instance. En effet, la *District Court* avait mis de côté l'application de la doctrine de l'immunité de l'État et avait reconnu sa compétence d'entendre la demande de compensation présentée par Hugo Prinz, un citoyen américain ayant survécu aux camps de concentration nazis lors de la Deuxième Guerre mondiale. M. Prinz n'ayant pas été en mesure d'obtenir de compensation par les mécanismes de protection diplomatique utilisés par l'Allemagne en raison de sa citoyenneté américaine, il se tourna vers la justice américaine et y intenta un recours en réparation contre l'État allemand se fondant sur l'article 3 CIV (1907). La Cour de première instance semblait des plus mal à l'aise avec l'application de la théorie de l'immunité étatique pour empêcher la compensation monétaire d'une personne ayant subi des « actes barbares »¹²⁰. La décision fut toutefois infirmée en appel lorsque l'argument de l'immunité étatique fut accepté, et ce, malgré une forte dissidence du Juge Wald. Le tribunal, pour justifier sa décision, cite expressément les affaires *Goldstar* et *Tel-Oren*:

¹¹⁸ *Ibid.* (4th Cir. 1992), para. 968.

¹¹⁹ *Prinz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992) ; 26 F.3d 1166 (DC Cir. 1994) [*Affaire Prinz*].

¹²⁰ Voir *ibid.* (D.D.C. 1992), para. 26 : « This Court finds that the *Foreign Sovereign Immunity Act* has no role to play where the claims alleged involve undisputed acts of barbarism committed by a one-time outlaw nation which demonstrated callous disrespect for the humanity of an American citizen, simply because he was Jewish. [...] What this Court holds today is that under the circumstances of this case, a nation that does not respect the civil and human rights an American citizen is barred from invoking United States law to block the citizen in his effort to vindicate his rights ».

[...] Mr. Princz argues, "the compensation provisions of the Hague Convention are in conflict with the [Federal Sovereign Immunity Act]'s immunity provision, thus invoking its exception for prior existing treaty obligations." Binding precedent is clearly to the contrary, and clearly correct.

[...] The cases are unanimous, however, in holding that nothing in the Hague Convention "even impliedly grants individuals the right to seek damages for violation of [its] provisions." *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* [...]; accord *Goldstar (Panama) S.A. v. United States* [...]. For the foregoing reasons, we conclude that none of the exceptions to sovereign immunity provided in the FSIA applies to the facts alleged by Mr. Princz¹²¹.

Il est fort intéressant de voir comment cette affaire s'est poursuivie à l'extérieur de l'arène judiciaire. Nous verrons un peu plus loin¹²² que la Fondation allemande *Remembrance responsibility and future* fut mise sur pied en 2000. Il est fort intéressant de souligner ici que la création de cette institution est née de la mouvance de l'*Affaire Princz*.

À la lumière de ces décisions, on peut affirmer que l'interprétation que les tribunaux donnent à l'article 3 CIV (1907) comme n'ayant pas d'application directe en droit américain est assez uniforme. En ce qui a trait aux *Conventions de Genève* dans leur ensemble, il y a toutefois certaines raisons de croire qu'elles auraient une applicabilité directe en droit interne. Il existe un effet un certain courant jurisprudentiel selon lequel les droits individuels prévus à la CGIII (relative aux prisonniers de guerre) s'appliqueraient directement en droit interne¹²³. Reste que, tel qu'il a été affirmé dans *United States v. Postal*¹²⁴, la doctrine du « self-executing treaty » reste une notion très difficile à cerner qui pose nombre de problèmes. Il nous est donc difficile d'adopter une position ferme et arrêtée à ce sujet dans le cadre du présent mémoire, le contexte américain étant aussi bien particulier. En effet, l'utilisation contemporaine du *Alien Tort Claims Act*¹²⁵ qui permet un élargissement en matière de

¹²¹ *Ibid.* (DC Cir. 1994), para. 1175.

¹²² Voir le chap. III, section 3, ci-dessous, pour une discussion de cet élément.

¹²³ Voir *United States v. Noriega*, 808 F.Supp. 791, 799 (S.D. Fla. 1992) qui a tranché que la CGIII était applicable directement en droit américain (« [I]t is inconsistent with both the language and spirit of [the GPW] and with our professed support of its purpose to find that the rights established therein cannot be enforced by individual POW in a court of law »), ce qui permettait au Général Noriega de déposer une poursuite aux États-Unis pour trancher sur les violations alléguées suite à sa détention dans une prison américaine. Il a en outre été affirmé dans cette affaire que la doctrine du *self-execution* était complexe et pas particulièrement bien comprise (para. 797). Voir aussi *Padilla ex rel. Newman v. Bush*, 233 F. Supp. 2d 564, 590 (S.D.N.Y. 2002) et *United States v. Lindh* 207 F. Supp. 2d 541, 553-554 (E.D. Va. 2002), dans lesquelles il a été affirmé que la CGIII avait force de loi sous la « Supremacy Clause » que l'on retrouve à l'article VI, para. 2 de la *Constitution américaine*.

¹²⁴ 589 F.2d 862, 876 (5^e Cir. 1979) : « the self-execution doctrine [is] one of the most confounding in treaty law ».

¹²⁵ 28 U.S.C. §1350 [ATCA].

compétence des tribunaux américains pour des violations du droit international public a changé le paysage judiciaire du pays. Nous aborderons en détail l'impact de cette loi dans une section subséquente du mémoire¹²⁶. Reste que l'examen de la jurisprudence, à tout le moins celle relative à l'article 3 CIV (1907), ferme quand même la porte qui pouvait être ouverte quant à l'exercice d'un droit individuel à la réparation pour les victimes de violations de DIH devant les tribunaux américains.

2.2.1.2 Le Japon : les *Sengo Hosho Saiban*

« *Sengo Hosho Saiban* » est le terme japonais utilisé pour définir les réclamations en réparation individuelles *post bellum* présentées au cours des vingt-cinq dernières années des devant les tribunaux japonais contre l'État japonais en rapport aux actes posés par celui-ci lors de la Deuxième Guerre mondiale (qu'il s'agisse d'enrôlement forcé dans les forces armées, d'esclavage sexuel, de traitements infligés lors de la détention ou de déplacement forcé). Il est à noter que dans la plupart des affaires les demandeurs étaient d'origine japonaise, mais aussi coréenne, taïwanaise, chinoise, philippine, indonésienne et malaisienne¹²⁷.

Dans le traitement de ces demandes, le Japon semble donc avoir opté, comme l'ont fait et le font encore les États-Unis, pour une interprétation restrictive de la doctrine du « self-executing treaty », ne voyant dans les conventions de droit international un droit individuel à un recours que lorsqu'exprimée explicitement :

The general position of Japanese courts on the matter is that individuals cannot be regarded as having the right to demand compensation from an offending State for violations of international law unless such a procedure is explicitly provided for in a treaty, and that the interpretation of scholars invoked by the plaintiffs can neither be confirmed nor has been supported by State practice¹²⁸.

En ce qui a trait plus spécifiquement à l'application directe en droit interne de l'article 3 CIV(1907), on peut identifier une décision dans laquelle les tribunaux japonais ont reconnu, à la

¹²⁶ Voir le chap. V, art. 1.1, ci-dessous, à ce sujet.

¹²⁷ Pour une analyse poussée sur la jurisprudence japonaise au sujet de la compensation de victimes de guerre, voir Shin Hae Bong, « The Right of War Crimes Victims to Compensation Before National Courts - Compensation for Victims of Wartime Atrocities - Recent Developments in Japan's Case Law » (2005) 3 JICJ 187 [Hae Bong].

¹²⁸ *Ibid.* à la p. 189.

lumière des *Travaux préparatoires* qui ont mené à l'adoption dudit article 3¹²⁹, que ce dernier avait été conçu pour « soulager » les individus qui ont souffert lors d'un conflit armé, mais qu'un droit individuel à un recours contre l'État fautif ne peut en être inféré¹³⁰.

Le même raisonnement a été appliqué dans l'*Affaire du massacre de Nanking*¹³¹ introduite devant les tribunaux japonais durant les années 90. Les demandeurs dans cette affaire étaient les victimes chinoises ainsi que les ayants cause des victimes décédées des suites de violations du droit humanitaires commises lors de l'invasion de Nanking par les troupes japonaises en 1937¹³². Dans cette affaire, les demandeurs ont fondé leur recours sur l'article 3 CIV (1907). La Cour a refusé de voir dans cette disposition un droit au recours individuel. Elle a argumenté au surplus que l'obtention de réparation pour les victimes peut « réveiller d'anciens démons » et contrecarrer les efforts de prévention d'un nouveau conflit, tel que le prouve le passage suivant :

To admit the rights of individuals to claim, from foreign States, compensation for damages suffered during a past war without relying upon diplomatic negotiations between States is, viewed from the broader framework to maintain peace and security between States and nations and in each region, as a whole, equivalent to leaving seeds of conflict, and harmful in view of preventing future wars, even though it is compatible with justice for the individual in the sense of general civil law¹³³.

Ce raisonnement soulève des questions fondamentales qui outrepassent un cadre strictement juridique et auxquelles nous ne tenterons pas de répondre ici. On peut toutefois souligner qu'un argument se fondant sur le maintien de la paix durable entre les peuples peut venir entraver l'accès de la victime à la réparation : justice et réconciliation ne se rejoignent pas toujours.

¹²⁹ *Travaux préparatoires CGIV (1907)*, *supra* note 99.

¹³⁰ Voir *Former POWs and civilian detainees of the Netherlands v. Japan*, Tokyo D. C., 30 novembre 1998. Voir aussi *Chinese victims of sexual violence v. Japan*, 1823 Hanrei Jiho (2003) 61-82 (non-applicabilité directe du droit à la réparation prévu par l'article 3 CIV (1907) en droit interne), tels que cités dans Hae Bong, *supra* note 127.

¹³¹ *Chinese victims of Nanking Massacre and inhuman acts by the Unit 731 of the Japanese army v. Japan*, Tokyo D. C., 22 septembre 1999, tels que cité dans Hae Bong, *supra* note 127 [*Affaire du massacre de Nanking*].

¹³² Plusieurs violations du DIH ont été commises par les Forces armées japonaises sur la population civile lors de cette attaque : on estime à plus de 200,000 le nombre de Chinois tués et à environ 20,000 le nombre de femmes violées. L'implication de l'Unité 731 dans les opérations militaires de Nanking vient assombrir encore plus le portrait. En effet, cette unité chargée de recherche bactériologique a réalisé des expériences sur les êtres humains qui constituent des traitements inhumains et cruels.

¹³³ *Affaire du massacre de Nanking*, *supra* note 131.

Soulignons finalement que d'autres obstacles se sont dressés sur le chemin des victimes de violations du DIH commises par l'État japonais vers le prétoire : le premier obstacle réside dans l'application de la théorie de la renonciation étatique aux « réparations de guerre » dans un traité de paix bilatéral comme impliquant une renonciation pour toutes les victimes individuelles. Quoiqu'il ait été conclu dans le jugement dans l'affaire *Shimoda*¹³⁴ que l'effet des traités de paix ne se faisait sentir qu'au niveau interétatique, l'argument fut soulevé à plusieurs reprises. Par exemple, dans l'affaire *Shimonoseki*¹³⁵, le Tribunal de première instance a reconnu que le traitement infligé aux « femmes de réconfort » était extrêmement inhumain et constituait une pratique abominable et a accordé la somme symbolique de 300 000 yens (2,700 dollars US) à chacune des trois demandresses pour compenser les dommages moraux qu'elles avaient subis. Ce jugement fut toutefois infirmé en appel, sur la base de l'argument que toutes les réclamations en compensation avaient été réglées dans les traités de paix¹³⁶.

Le second obstacle est celui de la doctrine de l'irresponsabilité de l'État, qui veut que ce dernier ne puisse jamais être tenu responsable pour les actes *juri imperii* (ce qui inclut tous les actes posés par ses forces armées). Cette doctrine, très proche parente de la doctrine d'immunité étatique, existait dans le système juridique japonais d'avant la guerre et a souvent été invoquée par les tribunaux pour refuser la compensation des victimes de violations du DIH, et ce, jusqu'à récemment¹³⁷. Ce postulat de droit interne, dont la compatibilité même avec la notion d'État de droit est sujette à caution, a toutefois été mis de côté dans plusieurs décisions¹³⁸.

¹³⁴ *Shimoda v. The State*, Tokyo D.C., 7 décembre 1963, (1964) 32 I.L.R. 626, tel que cité dans Hae Bong, *supra* note 127.

¹³⁵ *Korean « comfort women » v. Japan, Shimonoseki Branch*, Yamaguchi D.C., 27 avril 1998, tel que cité dans Hae Bong, *supra* note 127.

¹³⁶ *Korean « comfort women » v. Japan*, Hiroshima High Court, 29 mars 2001, tel que cité dans Hae Bong, *supra* note 127.

¹³⁷ Voir par ex. deux affaires dans lesquelles la doctrine de l'irresponsabilité de l'État a été retenue : *Philippine « comfort women » v. Japan*, Tokyo D.C., 9 octobre 1998 et *Residents of Hong-Kong v. Japan*, Tokyo D.C., 16 juin 1999, tels que cités dans Hae Bong, *supra* note 127.

¹³⁸ Voir par ex. *Chinese victims of forced labour v. Japan and the company A* (undisclosed), Kyoto D. C., 15 January 2003 ; *Chinese victims of forced labour v. Japan and Hazamagumi Inc.*, Tokyo D.C., 11 mars 2003 (unreported); *Chinese victims of forced labour v. Japan and Rinko Corporation*, Niigata D.C., 26 mars 2004, tels que cités dans Hae Bong, *supra* note 127.

2.2.1.3 La Grèce : l'*Affaire de la préfecture de Voiotia*

La série d'ententes interétatiques conclues entre l'Allemagne et les pays alliés laisse à croire que les questions de réclamations relatives à la Deuxième Guerre mondiale contre l'Allemagne étaient désormais exclues¹³⁹. Il semble toutefois que ces renonciations de la part d'un État floué n'empêchent pas les individus de présenter une action civile en dommages devant un tribunal domestique¹⁴⁰, tel que semble le démontrer cet exemple grec.

Cinquante ans après l'attaque du 10 juin 1944 du village de Distomo dans la Préfecture de Voiotia en Grèce, 259 descendants et ayants cause des victimes ont intenté une action civile devant les tribunaux grecs contre l'État allemand. Cette cause est maintenant connue sous le nom de *l'Affaire de la Préfecture de Voiotia*¹⁴¹. En première instance, l'Allemagne a décidé de ne pas comparaître. Le 30 octobre 1997, un jugement contre l'Allemagne fut rendu, lui ordonnant de verser la somme de 5 millions DM aux ayants cause des victimes du massacre de Distomo. Le gouvernement allemand décida d'aller en appel devant la Cour suprême grecque, l'*Areios Pagos*, et d'invoquer l'argument de l'immunité diplomatique. Contre toute attente, la plus haute instance du pays a rejeté, le 5 mai 2000, l'appel de l'Allemagne, considérant qu'étaient en cause des violations de normes de *jus cogens* contenues dans le droit humanitaire commises par ses forces armées plus d'un demi-siècle auparavant. Les deux instances grecques ont appliqué les articles 3 CIV (1907) et 46 des *Règlements de La Haye* et ont tranché en faveur des demandeurs, les autorisant à soumettre directement leur réclamation pour compensation¹⁴².

¹³⁹ Il y a tout d'abord eu en 1953 l'*Accord de Londres sur la dette externe de l'Allemagne* dans lequel trente-trois États se sont entendus pour suspendre toutes les réclamations en lien avec la guerre jusqu'à ce qu'il y ait entente définitive sur la question : voir le *London Agreement on German External Debts of 27 February 1953*, 333 UNTS 3, art. 5(2). Il était toutefois compris entre les États parties que le moratoire ne visait pas les indemnités à verser aux victimes des persécutions nazies. Cette clause d'exclusion du moratoire est connue sous le nom d'« Israël Exception » et se trouve à l'Annexe VIII de l'Accord. C'est dans cette foulée que fut signé en 1956 un accord bilatéral entre l'Allemagne et la Grèce attribuant à ce dernier un montant de 115 millions DM. Le *Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne* de 1990, mieux connu sous le nom du *Traité de Moscou « 2+4 »* ne parle aucunement des réclamations, ce qui laisse à croire que les questions des réclamations contre l'Allemagne étaient désormais exclues. Pour plus de détails à ce sujet : Gattini, « To What Extent », *supra* note 98 à la p. 356.

¹⁴⁰ Voir à cet effet Gattini, « To What Extent », *supra* note 98 à la p. 359.

¹⁴¹ L'original de ce jugement est rapportée dans *Nomiko Vima* (1998) 246 ff., que cité dans Gattini, « To What Extent », *supra* note 98 à la p. 359, n. 10. À noter que le terme « *Affaire Distomo* » réfère à l'action qui fut introduite subséquemment devant tribunaux allemands.

¹⁴² Pour une analyse plus en profondeur, voir Gattini, « To What Extent », *supra* note 98 à la p. 359 et s. Voir aussi l'*Étude du CICR sur le DIH coutumier*, *supra* note 76 à la p. 545.

Cette affaire constitue un moment charnière dans la justiciabilité des droits individuels à la réparation dans le contexte de conflits armés. Le vent a toutefois tourné lorsque les demandeurs, forts de leurs deux victoires et jugement en main, se sont vus refuser l'autorisation du Ministère de la Justice grec requise par l'article 923 du *Code de procédure civile grec* pour effectuer une saisie par rétention (« *attachement* ») d'institutions allemandes se trouvant en territoire grec¹⁴³, en vue d'exécuter le jugement. La requête en exécution fut donc déferée à la Cour suprême grecque. Il y a eu revirement de situation : elle refusa, cette fois-ci, de mettre en œuvre le jugement, affirmant que la saisie de propriétés permettant le maintien de « relations amicales » entre deux États pouvait légitimement être refusée. Il est toutefois important de souligner qu'il n'a pas été question ici de ne pas reconnaître un droit individuel à la réparation dans l'article 3 CIV (1907). Pour les besoins de notre analyse, même si les demandeurs n'ont pu obtenir réparation, ils n'ont pas essuyé un refus sur la base que leur droit à la réparation n'existait pas, mais bien parce que les tribunaux grecs ont jugé qu'il ne serait pas souhaitable que ce droit soit exercé, par risque de mise en péril des relations interétatiques. En outre, nous devons souligner que la décision finale d'empêcher, en pratique, l'exécution du jugement, a reposé également sur les épaules de l'exécutif et du judiciaire, chacun ayant adopté une position relevant plutôt de la conservation des bonnes relations diplomatiques que de la mise en œuvre du droit à la réparation.

Mentionnons finalement que cette affaire a aussi eu des suites en Allemagne. En effet, après l'échec ultime de refus d'exécution du jugement rendu par les instances judiciaires grecques, les ayants cause des victimes du massacre de Distomo se sont retournés vers les tribunaux allemands pour obtenir réparation. La *Bundesgerichtshof* [BGH] a rendu sa décision, maintenant connue sous le nom de *l'Affaire Distomo*¹⁴⁴, en 2003 dans laquelle elle rejetait l'action présentée par les citoyens grecs. Elle a adopté une position conservatrice à l'égard de l'existence d'un droit individuel d'obtenir réparation, se replaçant au moment où la violation avait été commise, soit lors de la Deuxième Guerre mondiale. La BGH a affirmé que la notion de compensation dans le contexte d'un conflit armé impliquait uniquement une relation entre États et que les individus n'y trouvaient pas leur place. Elle s'est repliée sur la théorie de la protection diplomatique pour indiquer que c'était le seul mécanisme accessible aux

¹⁴³ Nommément : l'Institut Goethe, l'Institut allemand d'archéologie et deux écoles allemandes à Athènes et à Saloniki : Gattini, « To What Extent », *supra* note 98 à la p. 360.

¹⁴⁴ BGH, décision du 26 juin 2003, III ZR 245/98, publiée dans NJW 2003 à la p. 3488 et s., tel que rapporté dans : Sabine Pittorof, « Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case » (2004) 1 German Law Journal 5, en ligne : German Law Journal <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=359#_edn3> (page visitée le 1^{er} août 2006). Voir aussi l'*Étude du CICR sur le DIH coutumier*, *supra* note 76 aux pp. 544 et 545.

victimes leur permettant d'obtenir réparation. Nous pouvons toutefois nuancer la position adoptée par la Cour fédérale allemande en mettant l'accent sur le fait qu'elle ait considéré l'état du droit au moment de la violation, sans opter pour une approche évolutive; elle n'a donc pas fermé la porte aux réclamations individuelles ayant pris naissance plus récemment, ne s'étant pas prononcée sur l'état actuel du droit à la réparation individuelle dans un contexte *post bellum*.

2.2.1.4 L'Italie : l'*Affaire Markovic*¹⁴⁵

Jamais une instance judiciaire, qu'elle soit internationale ou nationale, n'a entendu au fond une affaire dans laquelle les victimes civiles des opérations militaires réalisées par l'OTAN dans le cadre du conflit en ex-Yougoslavie en 1999 ont demandé réparation¹⁴⁶. Les tribunaux italiens ne font pas exception. Lorsque des citoyens de l'ex-Yougoslavie ont entamé une action civile contre l'Italie pour les dommages subis lors de l'attaque de l'OTAN sur la tour de diffusion de la *Radio Televizije Srbijre* [STR]¹⁴⁷, le plus haut tribunal du pays a conclu à une absence de compétence pour entendre

¹⁴⁵ Ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 8 février 2002, tel que cité dans N. Ronzitti, « Azioni belliche risarcimento del danno » (2002) 85 Rivista di diritto internazionale 682, tel que rapporté dans Mazzeschi, *supra* note 107, à la p. 345. Pour un résumé détaillé et une analyse approfondie de cette affaire, voir Frulli, « When are States Liable », *supra* note 97.

¹⁴⁶ En effet, la CIJ a décliné compétence dans les poursuites entamées par la Serbie-Monténégro contre des États membres de l'OTAN alléguant l'usage illicite de la force et la commission de violations du droit humanitaire face aux populations civiles : voir les *Affaires relatives à la licéité de l'usage de la force (Yougoslavie c. Belgique, Canada, France, Italie, Pays-Bas, Portugal et le Royaume-Uni)*, Objections préliminaires, [2004] C.I.J. rec. 1307. Les deux affaires contre les États-Unis et l'Espagne (*Affaire relative à la licéité de l'usage de la force (Yougoslavie c. États-Unis et Espagne)*), Ordonnance du 2 juin 1999, [1999] C.I.J. rec. 916 ont été rejetées pour manque manifeste de compétence. La Cour européenne des droits de l'Homme a aussi déclaré irrecevable la requête alléguant que le bombardement de la Radio-Télévision serbe par l'OTAN a violé la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 207. N'ayant pas été persuadé de l'existence d'un lien juridictionnel entre les victimes et les États défendeurs, la Cour a décliné compétence : *Bankovic c. Belgique*, 41 I.L.M. 517. D'autres tentatives à l'échelon national ont échoué de la même façon. Même en matière pénale, le Bureau du Procureur du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a refusé d'ouvrir une enquête sur deux attaques lancées par les forces de l'OTAN : voir le *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, en ligne : Nations Unies, Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie <<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁴⁷ La responsabilité de l'État italien était invoquée par le fait qu'il a été impliqué dans le processus décisionnel et l'identification de cibles à atteindre au sein de l'OTAN et par le fait que des bases militaires italiennes ont été utilisées pour mener à terme les bombardements. Il est intéressant de noter, même si cela n'a pas été abordé par les tribunaux italiens puisque la cause n'a pas été entendue au fond, que la responsabilité étatique est alléguée malgré le fait qu'il était impossible d'identifier à quelle nationalité les avions ayant réalisé les bombardements le 23 avril 1999 appartenaient.

l'affaire et a refusé de l'entendre au fond. En se fondant sur l'article 91 PI¹⁴⁸, les demandeurs réclamaient le versement d'une indemnité monétaire pour compenser les dommages subis à la suite de violations alléguées du DIH¹⁴⁹.

La Cour suprême italienne s'est retenue de se prononcer explicitement sur l'existence d'une obligation conventionnelle de verser compensation ou de tout droit corollaire permettant à la victime de demander cette compensation et n'a pas fait reposer sa décision de décliner compétence sur des arguments assimilables à une application de la doctrine du « self-executing treaty ». Elle fonda plutôt sa décision sur la théorie de l'« Acte de gouvernement »¹⁵⁰. Cette théorie, qui permet l'exercice discrétionnaire de la puissance publique, est un mécanisme de retenue judiciaire au bénéfice du gouvernement, lorsque celui-ci doit agir de façon à protéger les intérêts constitutionnels et politiques de la nation. L'utilisation de cette théorie ne fait pas l'unanimité dans la doctrine, tel que le démontre M. Frulli¹⁵¹. Puisque l'étude de cette doctrine n'est pas l'objet du présent mémoire, nous ne prendrons pas position à cet effet et vous référons à l'article de M. Frulli pour prendre plus amplement connaissance des débats entourant l'interprétation de la théorie d'acte de gouvernement à laquelle a procédé la Cour suprême dans *l'Affaire Markovic*.

2.2.1.5 Conclusion sur l'analyse des recours individuels en réparation

Par l'étude de cette série de décisions d'ordre civil émanant d'organes judiciaires nationaux qui impliquent une partie individuelle demanderesse réclamant compensation à un État en fondant leur action sur le droit humanitaire conventionnel, nous avons constaté que la non-applicabilité directe du DIH conventionnel et les divers démembrements de la théorie de l'immunité diplomatique constituent les obstacles majeurs aux actions individuelles en réparation contre l'État. Nous devons donc nous

¹⁴⁸ Voir Frulli, « When are States Liable », *supra* note 97 à la p. 409.

¹⁴⁹ PI, *supra* note 32, art. 35, 48, 51 et 79.

¹⁵⁰ Comme l'indique Frulli, « Are States Liable », *supra* note 97 à la p. 410, cette théorie est connue sous le nom de *teoria dell'atto di governo* en Italie, « actes de gouvernement » en France, « Royal Prerogative » au Royaume-Uni et « Political Question Doctrine » aux États-Unis.

¹⁵¹ *Ibid.* aux pp. 409 et ss. Voir aussi corollairement Institut de Droit international, Session de Milan – 1993, *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, (Neuvième Commission, Rapporteur : M. Benedetto Conforti), en ligne : Institut de droit international <http://www.idi-iil.org/idiF/naavig_chron1993.html> (page visitée le 1^{er} août 2007). L'article 2 de cette résolution vient poser le principe que, si les tribunaux d'un État sont dans l'impossibilité d'arrêter un conflit armé, il leur est quand même permis de se prononcer sur les dommages subis par les individus, si les dommages sont les résultats d'une violation de règles de droit international public.

rendre à l'évidence : si l'interprétation selon laquelle le droit humanitaire a évolué pour accorder des droits individuels justiciables aux victimes pour qu'elles obtiennent réparation peut très bien se défendre à la lumière de l'interprétation des textes habilitants, force est de constater que cette position n'a presque jamais passé le seuil des institutions judiciaires. Plus exactement, peu de tribunaux se sont mouillés à répondre à cet argument, ce qui nous laisse encore la voie libre pour de plus amples spéculations. Les faits démontrent toutefois qu'il est très rare qu'un tribunal de droit interne accepte les réclamations individuelles en réparation contre un État fautif. Les motifs de rejet sont souvent les mêmes : l'application de la doctrine de l'immunité étatique lorsque vient le moment de se prononcer sur la compétence de la cour, l'argument de la « chose jugée » à l'effet que toutes les réclamations en compensation ont été réglées et/ou que tous les droits préexistants ont été cédés dans les accords de paix conclus après la fin du conflit armé et la simple inexistence d'un droit individuel justiciable à la réparation en vertu du droit humanitaire, souvent en application de la doctrine du « non-self-executing treaty ».

2.3 Un mécanisme international de plainte accessible aux victimes de violations du DIH?

En ce qui a trait à la mise en œuvre du DIH, les mécanismes généraux prévus au sein du droit international peuvent être encore moins satisfaisants et efficaces que pour les autres branches du droit international : dans les conflits armés, ces mécanismes sont parfois insuffisants, voir contre-productifs¹⁵². En effet, les dispositifs traditionnels, tels que la résolution pacifique des différends ou les moyens de pression réactifs trouvent difficilement leur niche dans le contexte d'un conflit armé. Comme l'affirment Sassòli et Bouvier, « le DIH a dû trancher un des axiomes de la société internationale traditionnelle et prévoir des mesures d'exécution dirigées contre les individus qui violent ce droit, et pas uniquement contre les États responsables de ces violations »¹⁵³. Dans ce sens, l'expansion du droit pénal international durant les dernières années profite à une augmentation de la mise en œuvre effective du droit international humanitaire. La répression des infractions individuelles à travers le système de justice pénale international comporte évidemment un élément répressif et occupe une fonction importante dans le maintien de la paix sociale. Un autre mécanisme de mise en œuvre qui constitue le centre de ce mémoire est la sanction civile qui vise d'abord et avant tout à réparer le tort subi. Les deux formes de sanctions se complètent donc, se recoupant même parfois (par exemple, en droit continental, où le procès pénal joue une fonction réparatrice), chacune d'elles jouant

¹⁵² Voir Sassòli Bouvier, *supra* note 2 à la p. 269.

¹⁵³ Sassòli Bouvier *ibid.*, à la p. 271.

un rôle spécifique dans la mise en œuvre du DIH. C'est en gardant à l'esprit cette complémentarité des mécanismes d'implémentation *a posteriori* que nous évoquons ici brièvement le projet de création d'un « organe de supervision » (*Supervisory Organ*) international ayant pour fonction de traiter des réclamations individuelles présentées par des victimes de violations du droit humanitaire, en nous questionnant sur l'opportunité et la possibilité de créer un tel organe.

L'idée de mettre sur pied un organe de supervision permettant aux victimes individuelles de violations du droit humanitaire a été développée par la *Amsterdam International Law Clinic*¹⁵⁴, dans le sillage de l'*Appel de La Haye pour la paix et la justice au XXI^e siècle* en mai 1999 [L'Appel de La Haye]¹⁵⁵. La recommandation 13 de l'Appel de La Haye vise en effet la promotion de la « nécessité de modifier l'élaboration et l'application des lois dans les domaines communs au droit international humanitaire et au droit relatif aux droits de l'homme de façon à parer à toute lacune importante et à harmoniser ces deux volets fondamentaux du droit international ». Un des premiers constats faits en lien avec cette recommandation fut à l'effet que, contrairement aux mécanismes prévus par le système de protection des droits humains, le DIH conventionnel ne prévoit pas de comité, de commission ou de tribunal qui soient compétent pour recevoir des plaintes individuelles, déterminer de façon indépendante si une violation a eu lieu et octroyer réparation. Il a y donc lieu d'examiner le projet de traité établissant un tel organe de supervision en DIH qui a été rédigé récemment¹⁵⁶.

Premièrement, il est fort intéressant de noter qu'en ce qui a trait à la compétence *ratione materiae* de l'organe de supervision proposé, le spectre des types de violations qui pourraient donner lieu à une réclamation est très large et englobe tous les textes normatifs applicables aux conflits armés

¹⁵⁴ Pour une présentation détaillée du projet, voir Jann K. Kleffner, « Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law », en ligne: Universiteit van Amsterdam, Faculty of Law, Amsterdam International Law Clinic <<http://www1.jur.uva.nl/ailc/Individual%20complaints%20and%20international%20humanitarian%20law.pdf>> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) et, du même auteur, « Improving Compliance with International Humanitarian law Through the Establishment of an Individual Complaints Procedure » (2002) 15 LJIL 237. Voir aussi Jann Kleffner et Liesbeth Zegveld, « Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law » (2000) 3 Y.B. Int'l Human. L. 384.

¹⁵⁵ L'Agenda de La Haye pour la paix et la justice, qui est le résultat de la Conférence relative à l'Appel de La Haye pour la paix, un réseau international d'organisation et d'individus dédiés à l'abolition de la guerre et à faire de la paix un droit humain, tenue à La Haye du 12 au 15 mai 1999, a été adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, tel qu'en témoigne la résolution A/54/98 du 20 mai 1999 (lettre datée du 17 mai 1999, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Bangladesh auprès de l'Organisation des Nations Unies), en ligne <www.haguepeace.org> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁵⁶ La forme du traité proposé est soit par l'ajout d'un quatrième protocole additionnel aux *Conventions de Genève*, soit par l'adoption d'un nouveau traité en soi. La première option nous semble plus intéressante, puisqu'elle lierait toutes les parties au conflit (groupes armés étatiques et non étatiques) sans besoin de mention expresse, ce qui n'est pas le cas lorsque l'on procède par l'adoption d'un traité distinct.

ainsi que le droit coutumier. Il est des plus pertinent de souligner que le projet de traité considère que le DIH, principalement par le truchement des articles 3 CIV (1907) et 91 PI, attribue aux individus des droits humanitaires justiciables. Il est toutefois admis par les rédacteurs du projet que la pratique des tribunaux nationaux ne va pas dans ce sens et qu'il est presque impossible pour les victimes d'exercer leurs droits humanitaires. Devant cette limitation pratique, une autre approche proposée quant à la conceptualisation du fondement juridique du recours a été de passer par la notion de dommage (« injury »). L'idée serait pour l'organe de supervision d'avoir compétence pour entendre toutes les affaires où une violation d'une norme de DIH définie a causé un dommage à la victime-demanderesse. Cette approche nous intéresse particulièrement, puisqu'on y retrouve de nombreuses similitudes avec les concepts de base du régime de responsabilité civile (faute - dommage - lien de causalité). Nous examinerons dans la seconde partie du mémoire quelles sont les limites du recours au droit interne, mais nous considérons que le simple fait que cette possibilité soit évoquée dans le cadre de discussions sur l'établissement d'un organe de supervision recevant les plaintes des victimes des violations du DIH démontre que c'est une avenue qui mérite d'être examinée.

En ce qui a trait à la compétence *ratione personarum* (ou la compétence *sur* les personnes), le débat se situe plus autour de la notion de groupes armés non étatiques qu'autour de l'auteur individuel de la violation. La question à laquelle tente de répondre le projet n'est pas, par exemple, d'établir un mécanisme permettant à une victime de poursuivre Osama Ben Laden pour les dommages allégués lors du conflit armé en Afghanistan, mais bien de poursuivre Al Quaida pour les dommages subis. Nous croyons que, dans ce cas de figure lambda, le groupe que forme Al Quaida ne remplirait même pas les conditions requises pour être qualifié de « groupe d'opposition armé » au sens du DIH¹⁵⁷, mais cela n'est pas le propos de la présente analyse. La question « contre qui la victime peut exercer son recours? » vise donc à examiner les problèmes reliés aux entités non étatiques (leur caractère temporaire, la difficulté d'établir la chaîne de commandement, etc.) et non aux agresseurs eux-mêmes. L'organe de supervision adjugerait donc contre les « parties aux conflits » que celles-ci soient un État ou un groupe armé non étatique.

De la même façon que nous avons cerné le concept plus tôt, les différentes formes que prendrait la réparation attribuée par l'organe de supervision seraient la restitution, la compensation, la réhabilitation et la satisfaction. Par contre, puisque les demandes pourraient très bien dépasser les capacités de l'organe de supervision, les auteurs du projet insistent sur le fait qu'il faut établir des

¹⁵⁷ Les critères applicables sont établis dans la CGIII, art. 4, puis précisés dans *Procureur c. Tadic* (1995) Affaire n° IT-94-I-AR72 (Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, para. 70 et s.

mécanismes réparatoires crédibles plutôt que de miner son autorité en prévoyant des moyens illusoires, sans toutefois que cette institution devienne un lieu de recommandations non contraignantes et de jugements déclaratoires « sans dents ». Pour tenter de mettre de côté l'aspect monétaire de la réparation, le projet fait preuve d'originalité : par exemple, l'organe de supervision pourrait ordonner à de mettre en place des mesures de réhabilitation médicales et psychologiques dans le but de restaurer la dignité des victimes. Dans le projet de traité établissant un organe de supervision quant aux violations du DIH, la compensation financière n'est donc pas un passage obligé vers la réparation.

La mise sur pied d'un tel organe est une perspective novatrice, certes, mais certainement pas irréalisable. En fait, la limite se situe beaucoup plus dans le domaine politique que juridique. Le projet de traité identifie avec beaucoup de rigueur et de clairvoyance les différents éléments de droit qui doivent être pris en considération et organisés de façon cohérente dans le contexte d'un mécanisme individuel visant les violations du DIH. Il ne peut toutefois fournir aucune solution au problème que peut poser la résistance des États à créer ce nouvel organe. Si un nombre insuffisant d'États sont intéressés, si trop de réserves sont émises, si le consensus ne peut être atteint sur certains points, l'organe de supervision ne pourra exister. Il s'agit toutefois là de spéculations hâtives, puisque le projet n'a pas encore rejoint l'étape diplomatique. En restant dans le cadre juridique, nous sommes à l'aise d'affirmer que l'établissement d'un tel organe ajouterait aux possibilités qui se présentent à la victime qui veut obtenir réparation. Considérant que ces options sont déjà réduites, que plusieurs d'entre elles contiennent leur partie d'arbitraire et que la voie vers le prétoire est semée d'embûches, la création d'une nouvelle avenue n'est pas une initiative futile et inutile¹⁵⁸.

Certains auteurs ne voient toutefois pas la nécessité de créer de nouvelles institutions internationales, considérant les voies de recours internationales, régionales mais surtout domestiques qui existent déjà :

¹⁵⁸ Soulignons que d'autres de mécanismes accessibles aux victimes ont été proposés. Voir par ex. la proposition d'une Commission internationale permanente des réclamations reliée à la Cour permanente d'arbitrage de La Haye : Menno T. Kamminga, « Towards a Permanent International Claims Commission for Victims of Violations of International Humanitarian Law », en ligne : Université de Maastricht <arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3610> (document téléchargé le 1^{er} août 2007). L'auteur de cet article a tenu ces propos : « From a trial attorney's point of view, an individual complaints procedure may be more appealing than the compensation mechanism outlined here. From the point of view of the victims of violations of international humanitarian law, however, the establishment of a PICC is likely to be a more attractive option than an international complaints mechanism. This is because the compensation scheme outlined in this paper would not require protracted litigation and would offer a prospect of monetary compensation and return of property within a reasonable period of time, thus enabling victims to get on with their lives. While an individual complaints procedure might also be empowered, like the ICC, to award compensation it is difficult to imagine how these institutions could ever deal with the massive numbers of claims typically associated with an armed conflict ».

The limitations of regional and international accountability mechanisms render national courts vital human rights mechanisms. Indeed, many of the statutes and treaties governing these international bodies specifically identify the primary role to be played by domestic courts in bringing human rights violators to justice. Further, a network of national courts that can prosecute perpetrators is already in existence; therefore, there is no need to rely on international political will to build additional international institutions¹⁵⁹.

Il est vrai qu'un système judiciaire fonctionnel et éprouvé existe déjà au sein de la majorité des États et qu'il faut à tout le moins s'attarder à examiner dans quelle mesure ce système peut, mais aussi doit, être utilisé pour permettre aux victimes de violations du DIH d'obtenir réparation. Nous affirmons par contre du même souffle que l'utilisation des tribunaux internes n'empêche en rien le développement d'un projet d'un mécanisme permanent de traitement des réclamations en réparation des victimes de violations du droit humanitaire. Il s'agit là d'une complémentarité fonctionnelle entre les différents mécanismes, chacun présentant ses limitations et ses avantages propres, comme nous le verrons dans la prochaine section, dans laquelle sont examinés certains mécanismes de droit international public général permettant un accès à la réparation.

¹⁵⁹ Beth van Schaak, « In Defense of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention » (2001) 42 Harv.Int'l L.J. 141 à la p. 165 [van Schaak, « In Defense »]. Voir aussi William J. Aceves, « Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation » (2000) 41 Harv.Int'l L.J. 129 à la p. 132.

CHAPITRE III

LA RÉPARATION EN APPLICATION DE CERTAINS MÉCANISMES DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC GÉNÉRAL

International Law governs relations between independent States.
*L’Affaire du Lotus, Cour internationale de Justice*¹⁶⁰

Les normes de droit international public, telles que les articles 31(1) du *Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite*¹⁶¹ et 36(2) du *Statut de la cour internationale de justice*¹⁶² confirment et consacrent la règle de base — en droit international public général — de la réparation du préjudice subi à la suite d’une violation d’un droit, tel que nous l’a enseigné la Cour internationale de justice dans *l’arrêt de l’Usine Chorzów* :

[C]’est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d’un engagement comporte l’obligation de réparer. [...] La réparation est le complément indispensable d’un manquement à l’application sans qu’il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même¹⁶³.

Il faut évidemment comprendre ce principe en ce qu’il s’applique aux relations interétatiques et qu’il n’est pas question, ici à tout le moins, de faire entrer un individu dans l’équation. Comme l’a affirmé de nouveau la CIJ dans *l’arrêt Barcelona Traction* : « in inter-state relations, whether States claims are made on behalf of a State’s national or on behalf of the State itself, they are always claims of the State »¹⁶⁴.

¹⁶⁰ *Affaire du Lotus (France c. Turquie)* (1927), C.P.J.I. (sér. A/B) n°10 à la p. 18.

¹⁶¹ *Projet d’articles pour la responsabilité de l’État*, *supra* note 20. Voir aussi les « Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session », *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement, n° 10 (A/56/10)*, chp.IV.E.2 à la p. 234 et s.

¹⁶² *Charte des Nations Unies*, *supra* note 58, chap. 14, art. 92 à 96.

¹⁶³ *Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)* (1928), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 17 à la p. 29.

¹⁶⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, [1970] C.I.J. rec. 3 à la p. 46. Voir I.L.A., « Compensation », *supra* note 22, n. 30, pour d’autres décisions où l’État réclame compensation pour des dommages subis à lui ainsi qu’à ses nationaux.

À première vue, il peut donc apparaître impossible pour l'individu victime d'une violation du droit humanitaire d'avoir recours au droit international public général pour faire valoir un droit quelconque à la réparation, puisqu'il ne s'agit pas d'un univers dans lequel il existe. En droit international public, c'est l'État qui est le sujet originaire : il jouit de la personnalité juridique et a la capacité de détenir des droits et des obligations. C'est donc l'État qui possède le droit d'obtenir réparation. Qui plus est, il ne peut *a priori* exercer ce droit qu'à l'encontre d'un autre État, s'il y a un acte illicite imputable à ce dernier et si un préjudice a été subi.

Cela ne veut toutefois pas dire que l'individu a toujours été complètement absent du domaine juridique international. En effet, l'individu est, au même titre que les organisations internationales ou les peuples sous domination coloniale, un sujet dérivé (ou secondaire) du droit international public¹⁶⁵ : il peut donc avoir des capacités internationales spécifiques adaptées à ses besoins¹⁶⁶. S'il est vrai que ce système juridique ne s'intéresse généralement pas les obligations des individus¹⁶⁷, il dispose toutefois de plus en plus fréquemment des « droits » des individus, ces derniers étant bénéficiaires des protections qui sont édictées à l'intérieur de ce système juridique et accordées par les États. S'il ne faut jamais perdre de vue qu'en droit international public général, il revient à l'État auquel est imputable la violation de fournir réparation, nous devons nous rappeler qu'il est aussi du ressort de l'État de reconnaître ou non les droits au recours et à la réparation, à travers des conventions internationales ou des lois internes, et qu'il peut en faire des droits étatiques ou individuels.

Le point de départ de notre réflexion, lorsqu'il est question de réparation en droit international public, est le principe selon lequel uniquement des États sont mis en relation. Nous nous attarderons à examiner s'il existe une obligation étatique internationale selon laquelle l'accès à un recours judiciaire pour les victimes existe, ce qui nous permettrait de faire reposer sur les épaules des États l'obligation de procéder à une réparation individuelle. Pour ce faire, il est important d'identifier quels sont les

¹⁶⁵ Voir Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 2 [Arbour].

¹⁶⁶ Voir par ex. *Libye c. California Asiatic Oil Co. Et Texas Overseas Petroleum Co.* (1977), 17 ILM 3 : la capacité internationale d'un cocontractant privé sur la base d'un contrat dit internationalisé et la possibilité pour un investisseur étranger de recourir au CIRDI en cas de conflit avec un État dans la *Convention pour le règlement de différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, Nations Unies, *Recueil de traités*, vol. 575 à la p. 161 tel que cité dans Arbour, *ibid.* à la p. 3.

¹⁶⁷ Quoiqu'il dispose parfois des devoirs qui incombent à ces derniers. Voir par ex. la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 26 juin 1981, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5, art 27 à 29 [*Charte africaine*] et *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 2 mai 1948, Doc.off. OEA/Ser.L/V/II.23, doc. 21 rev. 6 (2 mai 1948), art. XXIX à XXXVIII [*Déclaration américaine*].

instruments de droit international public dans lesquels il est question de droit individuel à la réparation; cela permettra d'articuler ce droit dans le contexte d'une violation du droit humanitaire.

3.1 La théorie de la protection diplomatique¹⁶⁸

La théorie de la protection diplomatique telle que définie par le Professeur Rousseau consiste en « l'action diplomatique entreprise par le gouvernement du particulier lésé auprès du gouvernement présumé responsable pour obtenir la réparation du dommage causé à son ressortissant »¹⁶⁹. Cette théorie repose donc sur l'hypothèse qu'un dommage causé à un ressortissant d'un État constitue *de facto* un dommage à l'État lui-même; c'est une application de la conception westphalienne du droit international et c'est la première manifestation du droit à la réparation au niveau international. Le fait que l'État puisse prendre fait et cause pour ses nationaux par la fiction de l'endossement lorsque ces derniers sont lésés par les autorités d'un autre État se justifie par le fait qu'un État a une obligation générale de protéger ses nationaux. De plus, en droit international public général, l'État a une compétence personnelle sur ses nationaux; en effet, le lien d'allégeance particulière qui est celui de la nationalité met en relation de subordination les nationaux par rapport à leur État¹⁷⁰.

Les règles de la protection diplomatique, dont la « paternité doctrinale » revient à Vattel, ont essentiellement un caractère coutumier. Lors de sa 47^e session en 1995, la Commission de droit international des Nations Unies a décidé d'inclure à son agenda le sujet de la protection diplomatique. Les deux Rapporteurs spéciaux nommés par la CDI, Mohammed Bennouna et John H. Dugard, ont produit en tout huit rapports. Depuis 1995, l'Assemblée générale a adopté neuf résolutions en lien avec

¹⁶⁸ Pour une étude approfondie de la théorie de la protection diplomatique, voir Bertrand Bauchot, *La protection diplomatique des individus en droit international*, mémoire de recherche, Université de Lille II, 2001-2002 en ligne : <<http://194.167.255.17/telechargement/memoires/bauchotb02.pdf>> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [Bauchot].

¹⁶⁹ Charles Rousseau, *Droit international public*, t. 5, 7^e éd., Paris, Sirey, 1973 à la p. 97 [Rousseau].

¹⁷⁰ Voir la section sur la compétence personnelle de l'État dans Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999 à la p. 488. À noter qu'en DIH, la condition de nationalité n'est plus le principal motif d'allégeance. Voir la discussion sur le statut de victime en lien avec le concept de « personnes protégées » dans *Procureur c. Tadic* (1999), (Affaire n° IT-94-1-A) (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) arrêt, aux para. 163 à 171 et *Procureur c. Delalic* (1998), Affaire n° IT-96-21-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance) jugement, aux para. 236 à 277.

le travail effectué par la CDI au sujet de la codification de la théorie de la protection diplomatique, mais, à ce jour, aucun projet d'articles final n'a encore été présenté¹⁷¹.

La jurisprudence de la CIJ appliquant la théorie de la protection diplomatique est abondante, mais soulignons ici seulement quelques décisions pour illustrer notre propos : il y a eu tout d'abord l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*¹⁷² dans laquelle la théorie classique de la protection diplomatique fut consacrée. L'*Affaire de la Barcelona Traction* a pour sa part donné lieu à un débat fort fructueux au sujet de la capacité et des conditions d'exercice de la protection diplomatique¹⁷³. Plus récemment, la République de Guinée a introduit une requête en protection diplomatique et en réparation contre la République démocratique du Congo [RDC] dans laquelle elle demande à la CIJ de condamner l'État pour les graves violations du droit commises sur la personne de Ahmadou Sadio Diallo, un ressortissant guinéen¹⁷⁴. Dans sa décision sur les exceptions préliminaires, la CIJ a déclaré que la requête de la Guinée était recevable en ce qu'elle a trait à la protection des droits de M. Diallo en tant qu'individu¹⁷⁵.

Malgré de ce dernier exemple guinéen, le mécanisme de la protection diplomatique ne constitue pas la meilleure façon de répondre aux atteintes aux droits fondamentaux. En effet, plusieurs obstacles se dressent lorsqu'on tente d'obtenir une réparation pleine et entière. Par exemple, l'épuisement des recours internes et l'application de la théorie des mains propres selon laquelle le

¹⁷¹ Pour obtenir la liste complète avec référence aux différents documents produits dans le cadre du travail de la CDI sur la protection diplomatique, veuillez visiter la page « Analytical guide – Diplomatic Protection » du site de la CDI : <http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_8.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁷² *Grèce c. Royaume-Uni* (1924), C.P.I.J. (sér. A/B) n° 2, (p. 12) : cette affaire traite de la reconnaissance et du respect de droits issus de contrats de concession accordés par le Gouvernement impérial ottoman à M. Mavrommatis, un ressortissant grec établi en Israël.

¹⁷³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, *supra* note 164 à la p. 4 : la troisième exception préliminaire a soulevé la question du droit de la Belgique à exercer la protection diplomatique d'actionnaires belges d'une société constituée au Canada alors que les mesures incriminées ont été prises à l'égard de la société et non des ressortissants belges (para. 32 à 101).

¹⁷⁴ Requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la cour le 28 décembre 1998, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* Rôle général n° 103, 23 décembre 1998 <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/Cgc/cgc_orders/cgc_application_19981228.pdf> : Les actes reprochés consistent en une incarcération injuste de deux mois et demi, la spoliation d'investissements, entreprises et avoirs mobiliers, immobiliers et bancaires et l'expulsion. Pour plus de détails, voir le communiqué de presse officiel de la Cour internationale de Justice 2006/30, 18 juillet 2006 : <www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/Cgc/cgcframe.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁷⁵ *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, Exceptions préliminaires, [2007] Rôle général n° 103 (24 mai 2007), en ligne : Cour internationale de justice <<http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13855.pdf>> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

national protégé diplomatiquement doit avoir eu un comportement irréprochable et doit avoir mitigé ses dommages le plus possible, peuvent potentiellement affaiblir une application universelle de la protection des droits de la personne, rendant la théorie de la protection diplomatique dépendante de la conduite d'un État particulier ou d'un individu. Il faut toutefois se rappeler qu'en l'absence d'une convention multilatérale sur la protection diplomatique, les points plus litigieux sont étudiés par les Rapporteurs spéciaux de la CDI et font l'objet de commentaires de la part des États.¹⁷⁶

En outre, il est clair que l'exercice de la protection diplomatique constitue un exercice totalement discrétionnaire de la souveraineté de l'État. Cela fait intervenir un élément politique dans un processus où la justice devrait primer avant tout. Le fait que la réclamation au départ individuelle devienne « nationale et étatique » comme l'a déjà affirmé le professeur Rousseau¹⁷⁷, transforme un contentieux juridique en décision éminemment politique. De plus, les décisions judiciaires rendues en la matière ne sont contraignantes que par rapport au versement d'une indemnité à l'État protecteur. Cela implique qu'au mieux, une partie de l'indemnité perçue sera versée à la victime; dans le pire des scénarios, la victime ne touchera pas un sou pour compenser les dommages subis et ce, sans qu'aucune règle de droit international public ne soit bafouée. En effet, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État s'étend jusqu'à l'autonomie totale dans la fixation des modalités de versements des indemnités à la victime. Il est vrai qu'il est peu probable qu'un État ne verse aucune indemnité à la victime. Aussi, la théorie de la protection diplomatique évolue. Par exemple, l'inclusion de la clause de renonciation à la protection diplomatique (appelée la « Clause Calvo ») dans de nombreux contrats internationaux et l'établissement de plus en plus fréquent de Commissions nationales de réparation ayant pour but de régulariser la procédure de distribution des indemnités pour permettre un dédommagement tangible et équitable des victimes¹⁷⁸ marquent un changement de cap vers une certaine limitation à l'exercice discrétionnaire de la souveraineté étatique. Nous maintenons toutefois que la théorie de la protection

¹⁷⁶ Voir par ex. la déclaration officielle de John Currie, représentant du Canada à l'Assemblée générale des Nations Unies affirmant que la théorie des mains propres ne devrait pas être incluse dans le *Projet d'articles sur la protection diplomatique* : Déclaration de John Currie Représentant du Canada à la Sixième Commission de la 60^e Assemblée générale des Nations Unies sur le Point 80 : Rapport de la Commission du droit international « la Protection diplomatique » New York, le 1 novembre 2005, en ligne : Gouvernement du Canada <http://geo.international.gc.ca/canada_un/ottawa/statements/unga-fr.asp?id=4645&content_type=2> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁷⁷ Rousseau, *supra* note 169 à la p. 190.

¹⁷⁸ Par exemple, il existe en France une Commission spéciale mixte pour chaque accord indemnitaire à exécuter (Yougoslavie : 2 juin 1950; Tchécoslovaquie : 14 avril 1951) ; la Grande-Bretagne a établi le *Foreign Compensation Commission* le 12 juillet 1950; les États-Unis ont instauré l'*International Claims Commission* en 1950; la Suisse a constitué la Commission des indemnités de nationalisation le 13 juillet 1948. Voir généralement Bauchot, *supra* note 168 aux pp. 69 et s.

diplomatique ne constitue pas un mécanisme particulièrement intéressant pour les victimes de violations du DIH par lequel obtenir réparation. Cette réparation leur est due et les aléas et obstacles auxquels est soumis l'exercice de la protection diplomatique ne fournissent tout simplement pas les garanties suffisantes pour assurer que la victime sera dédommée correctement.

Nous croyons en outre que, comme il a déjà été affirmé dans un mémoire de recherche portant sur la protection diplomatique des individus en droit international, l'institution de la protection diplomatique apparaît comme tombant en déliquescence, au profit des droits de la personne¹⁷⁹. En tout état de cause, il est évident que l'institution de la protection diplomatique n'est pas le véhicule à privilégier pour aller chercher personnellement l'auteur de la violation, puisque tout se passe au niveau de la « première strate » internationale. Cette théorie ne contribue donc pas à dépasser la conception classique westphalienne du droit international public.

3.2 Le régime de responsabilité étatique pour fait internationalement illicite

À première vue, ce régime semble tout indiqué pour « matérialiser » la notion de réparation au sens du droit international public, puisqu'on y retrouve les trois éléments qui y mènent inexorablement : la faute, le préjudice et le lien de causalité. On ne sort toutefois pas du cadre classique du DIP, puisqu'il s'agit ici d'imputer la faute à l'État. Reste à voir si la victime individuelle peut activement bénéficier de ce régime. Le cadre juridique de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite lui-même n'est pas particulièrement précis, puisque sa codification n'est pas encore complétée. Le sujet de la responsabilité des États est à l'agenda de la CDI depuis plus de 50 ans. Les 5 Rapporteurs spéciaux nommés¹⁸⁰ ont produit successivement pas moins de 34 rapports soulevant des questions de tout acabit, allant des droits acquis à la définition de la capacité de commettre des actes internationalement illicites, de la définition des moyens de défense et d'exonération aux mécanismes de mise en œuvre. Au cours des années, l'Assemblée générale a adopté une vingtaine de résolutions pour finalement accueillir, en janvier 2002, le *Projet d'articles sur la responsabilité des États*¹⁸¹ et décider d'inscrire à l'agenda provisoire de sa 59^e session un item s'intitulant « Responsabilité des États pour fait internationalement illicite »¹⁸².

¹⁷⁹ Bauchot, *supra* note 168 à la p. 16.

¹⁸⁰ F.V. García-Amador (1956-1961), Roberto Ago (1969-1980), Willem Riphagen (1980-1986), Gaetano Arangio-Ruiz (1988-1996), James Crawford (1998-2001).

¹⁸¹ *Supra* note 20

Comme nous l'apprennent les *Commentaires au Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, le projet s'attarde à la codification des normes secondaires de la responsabilité étatique, c'est-à-dire « aux conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou d'omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent »¹⁸³. Cela veut donc dire qu'il faut chercher dans le droit international positif pour identifier quelles sont les obligations internationales dont la violation engage la responsabilité étatique. En ce qui concerne le présent mémoire, il s'agit d'un renvoi externe aux obligations des États qui existent en vertu du DIH en ce qui a trait à la réparation.

L'article 55 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* dispose toutefois que les articles ne trouveraient pas application dans l'éventualité où les États auraient déjà convenu explicitement de dispositions spéciales régissant les éléments de détermination de la violation d'une obligation ainsi que les conséquences de cette violation. À la lumière de ceci, peut-on dire que le système du droit humanitaire est une *lex specialis* qui déroge à la *lex generalis* que codifie le *Projet d'articles*? Est-ce que le DIH édicte des normes spéciales prévoyant des conséquences spécifiques aux violations qui supplantent complètement les règles énoncées dans le *Projet d'articles*? Si le DIH est une *lex specialis*, est-ce dans sa forme « forte » ou dans sa forme « faible »¹⁸⁴? Une réponse claire et définitive à ces questions dépasse de loin le but de notre mémoire. En effet, la doctrine semble déjà divisée à savoir si le système de droit humanitaire est entièrement autonome (« self-contained system ») en ce qui a trait à ses mécanismes de mise en œuvre¹⁸⁵. Pour les présents besoins, nous

¹⁸² *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 56/83, Doc. Off. AG NU 56^e sess., Doc. NU A/RES/56/83 (2002). Pour obtenir la liste complète avec référence aux différents documents produits dans le cadre du travail de la CDI sur la responsabilité étatique, veuillez visiter la page en ligne : Commission du droit international « Analytical guide – State Responsibility » : <http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_6.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁸³ « *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs* » dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol 2, partie 2, New York, NU, 2001 à la p. 61, para. 1, en ligne : <untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [*Commentaires au Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*].

¹⁸⁴ *Ibid.* à la p. 386, para. 5 : la forme forte vise les régimes se suffisant à eux-mêmes et la forme faible, les dispositions spécifiques d'un instrument sur un point particulier, par exemple excluant expressément la restitution.

¹⁸⁵ Voir par ex. Sassòli, « State Responsibility », *supra* note 108 à la p. 403 : en s'appuyant sur de la jurisprudence internationale constante et à la lumière des commentaires de la Cour internationale de justice au sujet de la notion de « régime se suffisant à lui-même », le Professeur Marco Sassòli affirme que : « To hold that international humanitarian law may be implemented only by its own mechanisms would leave it as a branch of law of a less compulsory character and with large gaps ». Voir toutefois ILA, « Compensation » *supra* note 22 à la p. 7 : « It is also widely recognized that the system of international humanitarian law is a self-contained regime which has its own system of secondary norms which may not be extended by reference to other bodies of law » [notes omises].

présupposons donc que le *Projet d'articles* s'applique au régime du DIH, sachant qu'il s'agit là d'une hypothèse encore sous étude.

Même si cette position peut être articulée différemment dans d'autres contextes, nous verrons qu'en tout état de cause, l'invocation de ce régime ne présente malheureusement pas un fort potentiel d'être le mécanisme approprié par lequel une victime obtiendrait réparation contre l'auteur de la violation qui lui a causé préjudice. Une des raisons pour cela est fort simple : il s'agit d'un mécanisme qui ne concerne que des États. En effet, il tombe sous le sens que l'invocation de la responsabilité d'un État pour une violation du DIH qui constituerait un fait internationalement illicite ne peut se faire sans tout d'abord s'assurer que la violation est imputable à l'État.

Dans le cadre d'un conflit armé, la responsabilité de l'État peut être engagée par la conduite des membres de ses forces armées, mais aussi par l'action de ses agents *de facto*, lorsqu'il y a levée en masse ou émergence d'un mouvement insurrectionnel, ou lorsque l'État fait montre d'un manque de diligence raisonnable (*due diligence*)¹⁸⁶; dans tous ces scénarios, la responsabilité de l'État, et non du commettant, est en jeu. L'État qui est responsable de la commission d'un acte illicite a l'obligation non seulement de cesser et de garantir la non-répétition du fait internationalement illicite¹⁸⁷, mais aussi de réparer intégralement le préjudice, y incluant le dommage matériel et moral¹⁸⁸. C'est sous cet angle de l'État comme unique créancier de l'obligation de réparer qu'est développé le *Projet d'articles sur la responsabilité des États*, tel que nous l'indiquent les *Commentaires* :

L'obligation générale de réparer est énoncée à l'article 31 en tant que corollaire immédiat de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire en tant qu'obligation de l'État responsable résultant du fait illicite, et non en tant que droit de l'État ou des États lésés. On évite ainsi les difficultés qui pourraient se poser lorsque la même obligation est due simultanément à plusieurs États, à

Le ILA appuie son affirmation sur l'article de Tihomir Kamenov, «The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflicts», dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, dir., *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, 169 à la p. 170 (cet article a toutefois été qualifié le Pr. Sassòli de « an previous, albeit sometimes confusing attempt » (Sassòli, « State Responsibility » *supra* note 108 à la p. 403, note 5). En outre l'ILA cite l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (États-Unis c. Iran)*, [1980] C.I.J. rec. 3 à la p. 4, pour justifier son affirmation. En fait, le paragraphe auquel il est fait référence dit que ce sont « les règles du droit à la protection diplomatique [qui] constituent un régime se suffisant à lui-même », et non les règles de droit international humanitaire.

¹⁸⁶ Voir Sassòli, « State Responsibility » *ibid.* aux pp. 402 et s.

¹⁸⁷ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 20, art. 30.

¹⁸⁸ *Ibid.*, art. 31.

de nombreux États ou à tous les États dont seulement quelques-uns sont particulièrement affectés par la violation¹⁸⁹.

Considérant que le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État* codifie des normes secondaires de responsabilité, il tombe sous le sens que ce soit l'angle de l'obligation, et non du droit de la victime, qui fut adopté. Cela laisse toutefois la porte ouverte quant à la définition des détenteurs du droit à la réparation.

Il est maintenant évident que ce droit est détenu par les États lésés contre les États responsables, mais qu'en est-il pour les victimes individuelles? Est-ce que le système de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite leur donne voix au chapitre? L'article 33 du *Projet d'articles sur la responsabilité des États* nous donne une piste de réponse, négative toutefois, et ferme la porte, à tout le moins partiellement, qui aurait permis aux victimes de se tailler une place dans le régime de la responsabilité étatique. Cet article traite de la portée des obligations du *Projet d'articles sur la responsabilité des États* :

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre que l'État.

La clause de sauvegarde ci-dessous formulée indique que le *Projet d'articles* n'empêche pas les individus de bénéficier d'un droit à un recours et à réparation... pour peu que ce droit existe déjà. On renvoie donc au droit positif des régimes particuliers de droit international public pour savoir si ce droit existe ou non. À l'instar de certains auteurs qui voient dans cette clause une reconnaissance implicite de l'existence du droit individuel au recours et à réparation dans certains cas¹⁹⁰, nous y voyons une simple constatation de la possibilité que des règles primaires déterminent dans quelle mesure des entités autres qu'étatiques peuvent invoquer la responsabilité de l'État en leur nom propre. À preuve, voici ce qui est affirmé dans les *Commentaires au projet d'articles* :

Lorsqu'une obligation est due à l'État, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet État. Par exemple, la responsabilité d'un État peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties du traité en question, mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires, des droits en question. Des droits individuels peuvent aussi, en droit international, naître en dehors du

¹⁸⁹ *Commentaires au Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, supra note 183, art. 31, para. 4.

¹⁹⁰ Voir par ex. Mazzeschi, supra note 108 aux pp. 342 et 343.

domaine des droits de l'homme. L'éventail des possibilités est attesté par l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire LeGrand, dans laquelle la Cour a jugé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires « cré[ait] des droits individuels qui, en vertu de l'article 1^{er} du Protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité »¹⁹¹.

Le régime de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite n'apporte ainsi pas de changement aux droits individuels aux recours déjà existants, mais il n'empêche en aucun cas l'exercice de ces droits. Les *Commentaires au Projet d'articles sur la responsabilité des États* ne fournissent toutefois pas une liste exhaustive des systèmes normatifs primaires où ce droit existe, se limitant à mentionner les domaines des droits de la personne et des relations consulaires. Une chose est certaine, c'est que ce régime n'ouvre pas une nouvelle voie pour les réparations individuelles de préjudices. Au mieux, elle n'empêche pas celles qui existent déjà.

L'institution de la protection diplomatique et le régime de la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite ne mettent pas à la disposition des victimes individuelles des véhicules procéduraux suffisamment intéressants leur permettant d'exercer un droit à la réparation contre l'auteur individuel ; il rend aussi difficile l'exercice de ce droit contre un État. À la longue, ces deux mécanismes permettent à la victime d'obtenir réparation, mais uniquement par l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État dont il est ressortissant. Cet élément d'arbitraire jette un lourd ombrage sur l'usage dont peuvent en faire les victimes.

3.3 Les mécanismes de résolution de conflits et de réparation *ad hoc*

Le droit individualisé à la réparation a aussi été prévu pour des situations ponctuelles. On pourrait comparer ces mécanismes aux règles qui régissent les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, puisqu'ils répondent à une situation précise, circonscrite dans le temps et l'espace.

¹⁹¹ *Commentaires au Projet d'articles sur la responsabilité de l'État*, *supra* note 183 à la p. 252, para. 3. Voir aussi *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), Avis consultatif OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 16, au para 84: « The Court therefore concludes that Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations endows a detained foreign national with individual rights that are the counterpart to the host State's correlative duties. This interpretation is supported by the article's legislative history. There, although in principle some States believed that it was inappropriate to include clauses regarding the rights of nationals of the sending State, in the end the view was that there was no reason why that instrument should not confer rights upon individuals » [notre soulignement – note omise].

À la suite de la Deuxième Guerre mondiale sont apparus des mécanismes de réparation se fondant sur le droit international public et permettant expressément les réclamations individuelles. Par exemple, l'article 297 e) du *Traité de Versailles*¹⁹² dispose de la compétence d'un tribunal arbitral mixte pour traiter les demandes de compensation présentées par des « Nationaux des Pays alliés » contre l'Allemagne. Plus récemment, soit en 2000, fut fondé le *Austrian Fund for Reconciliation, Peace and Cooperation* ayant pour but de distribuer aux victimes des camps de travail nazis les paiements volontaires versés par la République d'Autriche, dans un esprit de réconciliation, de paix et de coopération¹⁹³. La Fondation allemande *Remembrance, Responsibility and the Future* fut fondée la même année dans le but de rendre la compensation financière accessible aux victimes de travaux forcés et d'autres injustices commises à l'époque du régime communiste.

Des initiatives similaires ont été entreprises pour permettre aux victimes d'autres conflits armés d'obtenir réparation. La Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité¹⁹⁴ établit la *Commission d'indemnisation des Nations Unies* (CINU) pour l'Irak et le Koweït qui peut être saisie par l'État et des individus¹⁹⁵. En vertu de l'article 5(1) de l'*Accord de décembre* entre l'Éthiopie et l'Érythrée, une Commission des réclamations qui peut être saisie par les victimes directement a été établie¹⁹⁶. D'autres

¹⁹² Texte de l'article 297e), tel que rapporté dans : ILA, « Compensation », *supra* note 22 à la p. 10 : « The nationals of Allied and Associated Powers shall be entitled to compensation in respect of damage or injury inflicted upon their property, rights or interests, including any company or association in which they are interested, in German territory as it existed on August 1, 1914 [...] The claims made in this respect by such nationals shall be investigated, and the total of the compensation shall be determined by the Mixed Arbitral Tribunal provided for in Section VI or by an Arbitrator appointed by that Tribunal. This compensation shall be borne by Germany, and may be charged upon the property of German nationals within the territory or under the control of the claimant's State. This property may be constituted as a pledge for enemy liabilities under the conditions fixed by paragraph 4 of the Annex hereto. The payment of this compensation may be made by the Allied or Associated State, and the amount will be debited to Germany ».

¹⁹³ Voir généralement, en ligne : Austrian Fund for Reconciliation, Peace and Cooperation <<http://www.reconciliationfund.at/>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁹⁴ *United Nations Security Council Resolution 687 (Concerning the Restoration of Peace and Security in Iraq and Kuwait*, Rés. CS 687 (1991) Doc. UN S/RES/687 (1991).

¹⁹⁵ Il est intéressant de souligner que la CINU a compétence *rationae materiae* pour juger des violations de droit humanitaire (*jus in bello*), mais aussi de *jus ad bellum* : 2.7 millions de réclamations (presque toutes individuelles) demandant près de 352.5 milliards \$ en compensation ont été présentées à la CINU à ce jour. Pour plus d'informations, en ligne (en anglais) : <<http://www2.unog.ch/uncc/>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁹⁶ *Agreement between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea* 40 *International Legal Materials* (2001) à la p. 260. À ce jour, plus de 400 000 réclamations ont été soumises à la Commission qui siège à la Cour permanente d'arbitrage à La Haye. Voir généralement, en ligne : <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1215> (page visitée le 1^{er} août 2007).

institutions sous l'égide des Nations Unies, telles que le *Tribunal irano américain de réclamations*¹⁹⁷, la *Commission for Looted Art in Europe* (CLAE)¹⁹⁸ et le *Housing and Property Claims Commission* au Kosovo¹⁹⁹, prévoient une place au traitement des réclamations individuelles.

Le Canada n'est pas en reste avec son *Entente de redressement à l'égard des Canadiens Japonais* conclue le 22 septembre 1988 visant à indemniser les Japonais pour les mesures prises contre eux au cours de la Seconde Guerre mondiale en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*²⁰⁰. Il est très intéressant de noter, tel qu'il est rapporté dans le Compte-rendu officiel des débats du Parlement canadien²⁰¹, qu'à la suite de la signature de l'Entente, six communautés canadiennes d'origines étrangères ont demandé une indemnisation pécuniaire pour les mesures que leurs membres avaient subies en temps de guerre ou en raison de restrictions à l'immigration. Le gouvernement canadien n'a accédé à aucune de ces demandes, invoquant que le cas des Canadiens Japonais était unique et qu'il « s'engageait aussi à appliquer un programme d'action vers l'avenir pour s'assurer que de telles injustices ne se reproduisent plus ». Quoique ce dernier engagement soit louable, on ne peut affirmer qu'il s'agisse d'une réponse satisfaisante face aux atteintes qu'ont subies les victimes non indemnisées. En effet, les garanties de cessation et de non-répétition sont complémentaires à l'obligation de compensation; le fait de s'acquitter de l'une des obligations n'exonère pas des autres.

De façon plus générale, on peut affirmer que la nature temporaire et ponctuelle de ces mécanismes de réparation vient jouer contre la protection dont doit bénéficier la victime. Celle-ci ne bénéficie d'aucune garantie *a priori* et il en revient toujours à la volonté des États ou des Nations Unies d'établir des mécanismes de réparation après le fait. De plus, à l'exception de la Commission Éthiopie-Érythrée, les mécanismes de compensation prévus par ces organes ne visent pas

¹⁹⁷ Voir généralement le *Iran - United States Claims Tribunal*, en ligne : < <http://www.iusct.org> > (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁹⁸ La CLAE est un organisme à but non lucratif indépendant dont le mandat est de représenter le *European Council of Jewish Communities* (ECJC) et la *Conference of European Rabbis* (CER). Le Registre central de l'information a été mis sur pied par la CLAE en 2001 comme base de données et de recherche internationale pour tous les biens culturels saisis par les forces nazies. Voir généralement, en ligne : <www.lootedartcommission.com> (page visitée le 1^{er} août 2007).

¹⁹⁹ Voir le chap. I, art. 1.1., ci-dessus, pour plus de détails sur cette Commission.

²⁰⁰ Maintenant connue sous le nom de *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 22.

²⁰¹ Canada, *Débats du Parlement*, 38^e législature, 1^{re} session, Hansard révisé, n° 61 (21 février 2005) à la p. 1200 (Don Bell), en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/debates/061_2005-02-21/han061_1200-F.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

spécifiquement les violations du droit humanitaire, même s'ils concernent spécifiquement des actes posés dans le cadre d'un conflit armé (international ou non international). Ce qui est l'objet de compensation est plutôt l'usage illégal de la force (violation du *jus ad bellum*) ou, de façon plus générale, les dommages découlant de la guerre²⁰².

À la lumière de l'étude du droit international à laquelle nous venons de procéder, il n'est pas exagéré de dire qu'il est difficile de fonder un droit individuel à la réparation à même le droit international public. Ce droit existe, mais de façon fragmentée et parcellaire. Christian Tomuschat a affirmé, dans une de ses récentes publications au sujet de la situation au Darfour, qu'il est impossible de transposer tels quels les principes développés pour la responsabilité de l'État dans l'arène de la responsabilité d'une personne privée²⁰³. S'il est vrai qu'une compensation financière n'apporte rien si les risques de reprise des hostilités et de continuation des violations persistent dans l'esprit de la population, il est aussi vrai que, parfois, des arrangements compensatoires collectifs constituent une meilleure solution. Toutefois, le droit individuel des victimes d'aller chercher réparation doit continuer d'être défendu, là où il existe. C'est là que la complémentarité des mécanismes offerts à la victime prend toute sa force.

C'est dans cet esprit que nous allons examiner dans quelle mesure la victime peut utiliser le régime de protection du droit international public des droits de la personne pour obtenir réparation. Est-ce qu'on trouve dans ce régime, qui possède des liens avec le régime du droit international humanitaire, des outils qu'une victime d'un conflit armé peut utiliser pour accéder aux tribunaux et demander réparation?

²⁰² Voir Gillard, « Réparations », *supra* note 108 aux p. 534 et 535.

²⁰³ Christian Tomuschat, « Darfur – Compensation for the Victims » (2005) 3 JICJ 579 à la p. 584.

CHAPITRE IV

L'OPPORTUNITÉ D'UTILISER LE RÉGIME DE PROTECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DES DROITS DE LA PERSONNE POUR OBTENIR RÉPARATION DES DOMMAGES SUBIS SUITE AUX VIOLATIONS COMMISES DANS LE CONTEXTE D'UN CONFLIT ARMÉ²⁰⁴

4.1 Les avantages par rapport au régime du droit international humanitaire

4.1.1 La consécration de droits individuels

Il est, à première vue, intéressant pour la victime d'une violation du droit international humanitaire de passer par les mécanismes déjà établis dans le régime de protection du droit international public des droits de la personne pour obtenir réparation, ce régime s'appliquant en tout temps, en situation de paix comme en situation de guerre²⁰⁵. En effet, il y a souvent chevauchement entre les violations du DIH et les violations du droit international des droits de la personne : par exemple, les traitements cruels et inhumains tels que la torture sont prohibés autant par les *Conventions de Genève* que par plusieurs traités de protection des droits de la personne²⁰⁶.

²⁰⁴ Dans les prochaines sections et dans l'ensemble du mémoire, les expressions « droits de la personne », « droits humains », « droits de l'homme », droits fondamentaux [de la personne] » référeront toutes aux droits qui sont protégés par le régime de protection du droit international des droits de la personne.

²⁰⁵ *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 66 à la p. 240, par. 25 : Dans cet avis consultatif, la CIJ a expressément rejeté la thèse de la non applicabilité des droits de la personne dans une situation de conflit armé. Voir aussi généralement OEA, Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. (2002) (Norms and Principles of International Human Rights and Humanitarian Law applicable in Terrorist Situations, Rights to Due Process and to a Fair Trial), en ligne <<http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/toc.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Rapport sur le terrorisme de la Commission interaméricaine*].

²⁰⁶ Voir par ex. la *Convention contre la torture*, supra note 21, la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. AG 3452 (XXX), Doc. Off. AG NU 1975, supp. n° 34, Doc. NU A/10034, le *Protocole n° 1 à la Convention Européenne pour la Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Inhumains ou Dégradants*, E.T.S. n° 151, le *Protocole n° 2 à la Convention Européenne pour la Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Inhumains ou Dégradants*, E.T.S. n° 152, et les *Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de*

En effet, plusieurs traités — internationaux et régionaux — et instruments déclaratoires attribuent des droits aux individus : par exemple, le droit à la vie, à la sécurité et à la dignité, le droit de ne pas avoir à subir d'actes de torture ou autre traitement inhumain et dégradant et le droit de ne pas être détenu arbitrairement. La garantie de ces droits a été maintes fois affirmée dans des instruments juridiques contraignants, qui constituent le fondement conventionnel du régime de protection du droit international des droits de la personne. Un des éléments qui différencie ce régime du régime de DIH est le fait que le premier prévoit des mécanismes de mise en œuvre des droits protégés accessibles aux victimes individuelles. En effet, pour permettre une véritable protection de ces droits, les individus bénéficient dans certaines conventions²⁰⁷ d'un droit secondaire²⁰⁸ expresse d'obtenir réparation, et plus spécifiquement d'être indemnisé, lorsqu'une atteinte aux droits protégés a eu lieu.

santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Rés. 37/194, Doc. Off. 111^e sess., Doc. NU A/RES/37/194.

²⁰⁷ Voir, parmi les documents émanant des Nations Unies, par ex. la *Convention contre la torture*, supra note 21, à l'art. 14, qui prévoit pour la victime d'un acte de torture le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisé équitablement et de manière adéquate; la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 21 décembre 1965, 660 R.T.N.U. 195, art. 6, qui dispose pour sa part du droit de demander aux tribunaux nationaux satisfaction ou réparation juste et adéquate pour tout dommage découlant d'une discrimination. Voir aussi la consécration du droit à la réparation dans les instruments déclaratoires : la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Rés. AG 47/133, Doc. Off. AG NU, 1992, supp. n° 49, Doc. NU A/47/49, art. 19; la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. AG 40/34, Doc. Off. AG NU, 1985, supp. n° 53, Doc. NU A/40/53, art 4 et 12 [*Déclaration de 1985*]; les *Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions*, Rés. AG 47/133, Doc. Off. AG NU, 1992 supp. n° 49, Doc. NU A/47/49, art. 20 ; le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171; A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (n° 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), aux art. 9(5) et 14(6) [PIDCP]. Voir aussi, parmi les documents d'intérêt régionaux, par ex. la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, art. 5(5) [*Convention européenne*] qui prévoit le droit à la réparation pour toute personne ayant été arrêtée ou détenue de façon contraire à la Convention; la *Charte arabe des droits de l'homme*, 14 septembre 1994, 7 R.U.D.H. 4, art. 16 [*Charte arabe*], qui prévoit la réparation pour arrestation et détention illégale; le *Protocole n° 7 à la 1950 Européenne convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, E.T.S. n° 117, art. 3et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, art. 10 [*Convention américaine*] qui prévoient tous deux l'indemnisation en cas d'erreur judiciaire; la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, supra note 167, art. 21(2) [*Charte africaine*] qui prévoit l'indemnisation en cas de spoliation; le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes*, adopté le 10 juillet 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2005, art. 25, en ligne : Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples <<http://www.achpr.org>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Protocole à la Charte africaine*]. Voir finalement l'*Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier*, supra note 76 à la p. 546, Règle 159.

²⁰⁸ Voir le chap. II, articles 1.1 et 1.2, ci-dessus, pour une définition de ce que sont des « droits primaires » et des « droits secondaires ».

En outre, comme nous l'avons indiqué au début du mémoire²⁰⁹, le droit à la réparation est inclus dans le droit à un recours, qui englobe plus largement l'accès effectif à la justice et aux informations factuelles relatives aux violations du droit protégé. Ce droit au recours est inscrit de façon expresse dans plusieurs traités multilatéraux²¹⁰. De plus, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies²¹¹ et la Cour interaméricaine des droits de la personne²¹² ont affirmé que cette obligation avait un caractère non dérogeable.

On constate que, si parfois le droit à la réparation est prévu expressément pour certaines violations spécifiques, il arrive souvent que l'organe décisionnel fonde l'octroi d'une indemnisation sur le droit à un recours pour répondre aux violations de tous les droits protégés. Par exemple, le Comité des droits de l'Homme ne mentionne le droit à la réparation expressément que dans les cas d'arrestation et détention illégale ou d'erreur judiciaire²¹³. Il a toutefois affirmé à plusieurs reprises le droit à l'indemnisation d'un particulier pour des atteintes à tous les droits protégés, reconnaissant ce droit comme étant inclus dans le droit à un recours utile prévu à l'article 2(3)a) du PIDCP²¹⁴.

²⁰⁹ Voir l'introduction, point 4 « clarification des concepts », ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

²¹⁰ Voir par ex. la *Charte africaine*, *supra* note 167, art. 8 (garantie judiciaires) et 25 (protection judiciaire); la *Convention européenne*, *supra* note 207, art. 13 (droit à un recours effectif), PIDCP, *supra* note 207, art. 2(3). Voir aussi la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., suppl. n° 13, Doc. NU A/820 (1948) 71, art. 8 [DUDH ou *Déclaration Universelle*] et, comme source de *soft law*, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2000] J.O.L. 2000/C 364/01, art. 47 (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial), en ligne : Parlement européen <www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

²¹¹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29 - États d'urgence (art. 4)* Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para. 14 : « Le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] exige que soient assurés des recours internes utiles contre toute violation des dispositions du Pacte. Même si cette clause ne fait pas partie des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé énumérées au paragraphe 2 de l'article 4, elle constitue une obligation inhérente au Pacte. Même si les États parties peuvent, pendant un état d'urgence, apporter, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des ajustements aux modalités concrètes de fonctionnement de leurs procédures relatives aux recours judiciaires et autres recours, ils doivent se conformer à l'obligation fondamentale de garantir un recours utile qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 2 ».

²¹² *Judicial Guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and (8) American Convention on Human Rights)* (1987), *supra* note 288, para. 24 à 26.

²¹³ PIDCP, *supra* note 207, art. 9. Voir les décisions suivantes, pour des exemples de compensation pour violation du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne: Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 9/1977 : Uruguay*, 1979, 8^e sess., Doc. NU CCPR/C/8/D/9/1977; Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 1297/2004 : Algérie*, 2006, 87^e sess., Doc. NU CCPR/C/87/D/1297/2004.

²¹⁴ Voir ces décisions, parmi les plus récentes : Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 1416/2005 : Suède*, 2006, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1416/2005 : compensation pour violation à l'article 7 (interdiction de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 1324/2004 : Australie*, 2006, 88^e sess., Doc. NU

À la lumière de ces considérations, nous considérons que l'utilisation du régime des droits humains par les victimes de violations du DIH demeure une option viable, tel que démontré ci-après. Nous affirmons toutefois du même souffle qu'il ne s'agit pas d'une solution unique qui peut répondre à tous les cas de figure. Dans certaines situations, le régime de protection du droit international des droits humains répondra aux besoins des victimes. Il a en effet été suggéré que l'absence de dispositifs de mise en œuvre en droit international humanitaire pourrait être palliée par le recours aux instruments de droits de la personne²¹⁵. En effet, ceux-ci donnent aux victimes l'accès à des mécanismes judiciaires et quasi judiciaires sans le passage obligé par le canal étatique gouvernemental (le passage par le canal judiciaire devant toutefois se faire, de par l'application du principes d'épuisement des recours internes) tel qu'il s'agit lorsqu'ils invoquent la doctrine de la protection judiciaire et le régime de la responsabilité étatique. Puisqu'il n'y a pas de régime unique de protection juridique qui convient à toutes les victimes, nous explorons, dans le cadre du présent mémoire, toutes les avenues possible, y compris celle du régime des droits humains. Dans la prochaine section, nous chercherons à voir quelles sont les limites de ce système et dans quelle mesure il est approprié pour répondre des violations du DIH.

4.1.2 Des instances judiciaires et quasi judiciaires accessibles aux victimes

L'exercice du droit à la réparation peut se faire à travers des instances judiciaires créées à même les traités de protection du droit international des droits de la personne. Ce ne sont toutefois pas tous les instruments qui ont constitué des mécanismes de mise en œuvre qui leur sont propres.

CCPR/C/88/D/1324/2004 : compensation pour violation de l'article 9(1) et (4) (droit à la liberté et à la sécurité de sa personne); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communications n^{os} 1321/2004 et 1322/2004* : République de Corée, 2007, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1321-1322/2004 : compensation pour violation à l'article 18 (droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication 1274/2004* : Biélorussie, 2006, 87^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1274/2004 : compensation pour violation à l'article 22 (droit de s'associer librement avec d'autres); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n^o 1047/2002* : Biélorussie, 2007, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1047/2002 : compensation pour violation de l'art. 25(b) (droit de voter et d'être élu).

²¹⁵ Voir par ex. Christopher Greenwood, « International humanitarian law » dans Fritz Kalshoven (dir.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions*, Kluwer Law International, La Haye, 2000 aux pp. 240, 241, 251 et 252. Voir aussi *Rapport sur le terrorisme de la Commission interaméricaine*, *supra* note 205 aux pp. 143 et s.

La *Déclaration universelle des droits de l'Homme*²¹⁶ ne prévoit aucun organe d'application des droits qu'elle garantit. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²¹⁷ n'a pas non plus, en tant que tel, d'organe judiciaire de mise en œuvre des droits qu'il protège. Comme nous l'avons vu plus haut, le Comité des droits de l'homme²¹⁸, lui, peut recevoir et examiner les communications provenant des États parties, mais uniquement de ceux qui, en application de l'article 41 du PIDCP, ont déclaré qu'ils reconnaissent la compétence du Comité. En date du 8 mars 2007, seulement 48 États avaient fait cette déclaration. Sous le PIDCP, seuls les individus ressortissants d'un de ces 48 États peuvent saisir le Comité des droits de l'homme et ils ne peuvent le faire qu'à travers leur État. Par contre, le *Protocole facultatif du PIDCP*²¹⁹ habilite le Comité à recevoir et à examiner des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le Pacte. En date du 8 mars 2007, 109 États étaient parties à ce *Protocole facultatif* et, en date du 11 décembre 2006, 294 communications émanant de particulier étaient inscrites auprès du Comité²²⁰. Puisque le Comité n'est pas une instance judiciaire à proprement parler, ses recommandations n'ont pas de valeur contraignante au sens juridique du terme. Il s'agit d'un problème considérable : à preuve, un groupe de travail émanant du Comité des droits de l'homme s'est récemment questionné sur les moyens disponibles pour augmenter l'efficacité du système actuel et pour contrecarrer le défaut des États parties de se conformer aux recommandations émises²²¹.

Au niveau régional, les mesures de protection sont encadrées dans un contexte judiciaire plus formel. En effet, la Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'homme²²² et la Cour

²¹⁶ DUDH, *supra* note 210.

²¹⁷ PIDCP, *supra* note 207.

²¹⁸ Qui fut institué à l'art. 28 du PIDCP, *ibid.*

²¹⁹ PIDCP, *ibid.*

²²⁰ Les données statistiques citées proviennent de : Organisation des Nations Unies, Communiqué DH/CT/681, « Le Comité des droits de l'homme se réunit du 12 au 30 mars 2007 à New York », (8 mars 2007), en ligne : <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2007/DHCT681.doc.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

²²¹ Voir *Strengthening the procedure of follow-up to Views under the Optional Protocol and Concluding Observations under Article 40 of the Covenant : Human Rights Committee inter-sessional working group : background paper and recommendations*, Doc. NU CCPR/C/88/CRP.1 (2006) et CCPR/C/88/CRP.1/Rev.1 (2007).

²²² Par rapport aux moyens de protection qu'offre la Cour interaméricaine, voir la *Convention américaine*, *supra* note 207, à l'art. 63 : « Lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour [interaméricaine des droits de l'Homme] ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la

européenne des droits de l'homme²²³ constituent les principaux organes qui reçoivent des demandes individuelles en réparation se fondant sur le traité les ayant créées. Les individus et les États sont habilités à présenter des requêtes directement devant les organes émanant de la *Convention américaine*²²⁴ et de la *Convention européenne*²²⁵, sauf devant la Cour interaméricaine. En effet, cet organe ne peut être saisi que par la Commission interaméricaine ou un des États signataires de la *Convention américaine*²²⁶. Toutefois, il est tout à fait possible pour la Commission de saisir la Cour d'une affaire initialement intentée par un individu. Dans ce scénario, la Commission prend fait et cause pour la victime, permettant à celle-ci d'obtenir directement réparation. La victime peut même présenter ses propres allégations une fois l'affaire instituée à la Cour par la Commission. Une fois le recours intenté, la victime préserve ses propres intérêts, y compris en ce qui concerne les réparations. Il est en outre intéressant de noter qu'autant devant la Cour et la Commission interaméricaine que devant la Cour européenne, l'individu introduisant une plainte n'est pas obligé d'avoir la nationalité de l'un des pays membres du Conseil de l'Europe; il suffit que la violation alléguée ait été commise par l'un des États relevant de la compétence de la Cour.

mesure ou de la situation qui a donné lieu à la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ».

²²³ Voir la *Convention européenne*, *supra* note 207, art. 50 : « Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable ».

²²⁴ *Supra* note 207. Voir aussi le *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, adopté à la 109^e session extraordinaire (décembre 2000), modifié à la 116^e période ordinaire (octobre 2002), l'art. 28, en ligne : <www.oas.org/XXXIVGA/french/reference_docs/Reglamento_CIDH.pdf> (page visitée le 1^{er} août 2007) : « Toute personne ou tout groupe de personnes, ou toute entité non gouvernementale légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de l'OEA peuvent présenter à la Commission des pétitions [...] ». Voir aussi le *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, adopté lors de sa XLIX^e session ordinaire (novembre 2000), en ligne : Organisation des États américains : <http://www.oas.org/xxxiiga/francais/documentos/cidh_regl_files/frbas10.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

²²⁵ *Supra* note 207, art. 33 pour les affaires interétatiques et 34 pour les requêtes individuelles.

²²⁶ *Convention américaine* *supra* note 207, art. 61.

- 4.2 L'interaction entre le régime du droit international humanitaire et du régime de protection du droit international public des droits de la personne
- 4.2.1 L'utilisation du DIH comme *lex specialis* pour les situations de violations des droits humains dans un contexte de conflit armé

L'analyse à laquelle nous procéderons dans les prochaines pages nous permettra de voir brièvement comment la jurisprudence a interprété, ou plutôt a intégré, des notions de droit humanitaire à l'intérieur de son mandat de protection des droits humains. Nous avons déjà abordé le concept de *lex specialis* et les difficultés qui y sont liées dans la section sur la responsabilité étatique pour fait internationalement illicite²²⁷, en expliquant que bâtir une définition de ce que veut dire *lex specialis* nécessiterait un travail considérable que nous ne pouvons nous permettre ici. Nous ne cherchons pas ici à étayer davantage cette question. Nous affirmons plutôt, à l'instar du Professeur Sassòli, qu'il semble préférable de donner préséance aux règles qui sont les plus détaillées par rapport à la situation à régir²²⁸. Le régime des droits de la personne étant applicable en tout temps, sauf en cas de dérogation, il a sa place dans les situations de conflits armés. Par contre, s'il est question, par exemple, de garanties procédurales en matière de détention dans le cadre d'un conflit armé international, le DIH, plus spécifiquement la CGIII, constituera la *lex specialis* à suivre pour interpréter l'application des droits de la personne. Nous considérons que cette position est compatible avec celle adoptée par la CIJ, tel qu'en témoigne ce passage de *l'Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire* dans laquelle il a été affirmé, au sujet de la relation entre le PIDCP²²⁹ et les normes qui s'appliquent en temps de conflits armés, que :

En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type

²²⁷ Voir la partie 1.3.2, ci-dessus, pour la mention de cette question.

²²⁸ Marco Sassòli, « La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés » dans Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòli, Walter Stoffel et Beatrice Wagner Pfeifer, dir., *Droits de l'homme, démocratie et État de droit – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, DIKE-Nomos, 2007, 709 à la p. 712 [Sassòli, « Cour européenne »].

²²⁹ *Supra* note 207.

d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte²³⁰.

Cet extrait de la définition place bien le rôle particulier que joue le DIH dans la clarification de droits de la personne dans le contexte particulier d'un conflit armé. Cela ouvre donc la porte à une prise en considération du DIH par les instances régionales de protection du droit public des droits de la personne pour accomplir correctement leur mandat de pleine justiciabilité des droits humains lorsqu'il y a violation. Nous verrons ci-après que plusieurs affaires impliquant des victimes de conflits armés ont été soumises à ces instances, sans toutefois qu'aucune des conventions ne contienne de dispositions régissant la conduite des hostilités ou de bases juridiques explicites permettant à la Commission et la Cour interaméricaine ainsi qu'à la Cour européenne d'appliquer directement le DIH.

Une des avenues à explorer pour examiner le respect des obligations étatiques provenant du régime de DIH en lien avec le régime des droits de la personne passe par le truchement des clauses de dérogation présentes dans les textes habilitants des organes interaméricains et européens²³¹. En effet, ces clauses qui permettent, d'une part, la dérogation aux obligations dont dispose la convention en cas de guerre ou d'autre danger public interdisent, d'autre part, celles qui sont en contradiction avec « les autres obligations découlant du droit international ». Ces dispositions peuvent être utilisées comme un filtre à travers lequel les normes de DIH²³², ces « autres obligations du droit international » peuvent être examinées et prises en considération, comme l'a déjà fait la Commission interaméricaine²³³.

²³⁰ *Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226 à la p. 240, para 25. Voir aussi *Conséquences de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136, aux para. 102-106.

²³¹ Pour la Commission et la Cour interaméricaine : *Convention interaméricaine*, *supra* note 207, art. 27 (clause de suspension des garanties en cas de guerre, de danger public ou de crise menaçant l'indépendance ou la sécurité de l'État). Pour la Cour européenne : *Convention européenne*, *supra* note 207, à l'art. 15(1). Voir généralement Sassòli, « Cour européenne », *supra* note 228 à la p. 713.

²³² Celles qui ne constituent pas des normes du « noyau dur » des droits protégés en tout temps par les Conventions respectives : voir la *Convention européenne*, *supra* note 207, à l'art 15(2) et la *Convention américaine*, *supra* note 207, art. 27(2)), puisqu'il est déjà impossible d'y déroger, peu importe la présence de danger public; Voir aussi l'art. 29 relatif aux normes d'interprétation.

²³³ Voir par ex. *Abella v. Argentina* (1997), Inter-Am. Comm. H.R. n° 55/97, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98/doc. 6 rev., para. 170 [*Affaire La Tablada*]. Voir Liesbeth Zegveld, « Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire : commentaire sur l'affaire de Tablada » (1998) 831 RICR 543 et Sassòli Bouvier, *supra* note 2 (vol II) à la p. 1297. À noter, qu'à notre connaissance, aucune décision de la Cour européenne dans laquelle cette situation s'est présentée n'a pu être répertoriée : voir, jusqu'en 2001, Fanny Martin, « Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2001) 83 RICR 1037 à la p. 1057 [Martin] et Aisling Reidy, « La pratique de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire » (1998) 831 RICR 543 aux pp. 551 à 568.

De façon plus indirecte, les instances régionales peuvent utiliser et se référer au droit humanitaire pour analyser la portée des obligations de droits de l'homme. C'est ce qu'a fait, en substance, la Cour européenne dans l'*Affaire Ergi*²³⁴ : la Cour a eu recours de façon assez précise au droit humanitaire pour interpréter et évaluer les méthodes et moyens de combats utilisés dans la conduite d'une opération militaire (proportionnalité dans l'attaque, choix de précautions à prendre, protection de la population civile) durant laquelle la violation alléguée du droit à la vie a eu lieu²³⁵, sans toutefois procéder à la qualification du conflit à proprement parler, ni que soit invoqué directement le DIH au soutien de la requête. Comme l'indique Professeur Sassòli²³⁶, cette méthode correspond à un mode d'interprétation des traités reconnu par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²³⁷.

La Cour européenne a donc fait preuve de retenue dans l'application directe du droit humanitaire, mais elle a aussi été réticente à utiliser le contenu normatif de ce droit comme outil de référence, d'interprétation, à titre subsidiaire²³⁸. La prise en considération du droit humanitaire s'est donc faite de façon plus nuancée et plus ponctuelle. Par exemple, le contexte de l'*Affaire Issaïeva*²³⁹ est celui d'une attaque militaire lancée par les forces armées russes en 1999 sur le territoire tchétchène. Aucune disposition de droit humanitaire n'a été alléguée directement au soutien de la demande qui

²³⁴ *Ergi c. Turquie* (1998), IV Cour Eur. D.H. (Sér. A) 939, en ligne : Portail de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Base de données HUDOC : <<http://cmiskp.echr.coe.int>>. Dans cette affaire, la responsabilité de l'État turc a été mise en cause pour le décès de la sœur et de la petite-fille du requérant résultant l'opération militaire du 23 septembre 1993 visant à mettre en place une embuscade pour capturer les membres du PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan) actifs dans le secteur du village de Kesentas, situé au sud-est de la Turquie [*Affaire Ergi*].

²³⁵ *Affaire Ergi*, *ibid.*, para. 79 et 80.

²³⁶ Sassòli, « Cour européenne », *supra* note 228, à la p. 713.

²³⁷ *Supra* note 113, à l'art. 31(3)c).

²³⁸ Voir par ex. *Chypre c. Turquie* (2001), IV Cour Eur. D.H. (Sér. A) (requête n° 25781/94) en ligne : Portail de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Base de données HUDOC : <<http://cmiskp.echr.coe.int>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Chypre c. Turquie*], dans laquelle l'État chypriote a dirigé trois requêtes contre l'État turc dans lesquelles il dénonce les événements des mois de juillet et août 1974 et leurs conséquences, y compris l'occupation turque du territoire chypriote. Dans son jugement, la Cour a évacué toute référence au droit humanitaire, mais, a inféré de l'article 5 de la *Convention européenne* l'obligation de tenir des registres consignnant l'identité des détenus, la date et l'endroit de leur détention. Cette obligation de communication d'information ressemble étrangement à celle qu'on retrouve dans les *Conventions de Genève*, relativement au traitement des blessés et malades (art. 16 CGI) et des naufragés (art. 19 CGII) lors d'un conflit international. La Cour ne franchit toutefois pas cette marche et ne réfère jamais explicitement aux normes déjà existantes en DIH liant les États impliqués.

²³⁹ *Affaire Issaïeva, Yousoupova et Bazaïeva c. Russie* (2005) (requêtes n°s 57947/00, 57948/00 et 57949/00, en ligne : Portail de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Base de données HUDOC : <<http://cmiskp.echr.coe.int>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Affaire Issaïeva*].

invoque violations du droit à la vie et du droit à un recours ainsi que l'interdiction de la torture et de traitements inhumains. La Cour ne fait pas non plus référence au DIH comme outil d'interprétation, pour tenter de définir le contenu précis, par l'exemple, du droit à la vie et de l'interdiction de traitements inhumains dans le cadre d'un conflit armé. Par contre, certains pourraient voir dans l'examen de la condition d'absolue nécessité du recours à la force par l'évaluation la conduite de l'opération militaire une prise en considération du langage propre au DIH, tel qu'il a été le cas dans l'*Affaire Ergi*²⁴⁰. Il nous semble toutefois que la Cour a plutôt considéré la situation sous l'angle des troubles internes, sans prendre en considération les particularités qu'apporte le droit humanitaire²⁴¹. La raison de cette retenue dans la référence au DIH – même à titre interprétatif – réside selon nous dans le fait que la Cour a voulu s'acquitter de son mandat dans les limites strictes qui lui sont attribuées et n'a pas voulu procéder à la qualification du conflit, étape fondamentale dans l'application du droit humanitaire à une situation armée. De plus, aucune dérogation au titre de l'article 15 de la *Convention européenne* n'a été notifiée²⁴². La Cour ne pouvait donc pas se pencher sur la compatibilité de cette dérogation avec les obligations de l'État russe en vertu du DIH. Cela étant dit, la Cour a conclu à l'unanimité que l'État défendeur devait verser aux trois requérantes, un montant total de 67 926 euros²⁴³, ce qui est en soi une grande victoire pour les victimes.

Pour leur part, la Commission et la Cour interaméricaine ont utilisé plus explicitement le droit international humanitaire comme outil d'interprétation et de référence. En effet, le mode « d'interprétation interactive », tel que déjà nommé par le juge A.A. Cançado Trindade²⁴⁴, a été appliqué dans plusieurs affaires, dont *Bamaca-Vélásquez*²⁴⁵. Ces deux instances sont allées assez loin

²⁴⁰ *Affaire Ergi*, *supra* note 234.

²⁴¹ *Affaire Issaïeva*, *supra* note 239, para. 171 et s. : la Cour a déterminé qu'il était nécessaire d'examiner si l'opération ayant donné lieu aux demandes de réparation « avait été préparée et contrôlée par les autorités de manière à limiter autant que possible le recours à la force létale ». Or, nous ne considérons pas que cet examen s'applique à des situations régies par le DIH, puisque l'usage létal de la force contre un combattant n'est pas *a priori* interdit par ce corpus juridique.

²⁴² *Ibid.*, para. 125.

²⁴³ *Ibid.*, para. 258; ventilation des dommages accordés : 25 000 euros pour dommage moral pour la première requérante; 15 000 euros pour dommage moral pour la deuxième requérante; 12 000 euros pour dommage matériel pour la troisième requérante et 5 000 euros pour dommage moral et 10 926 euros pour frais et dépens.

²⁴⁴ *Affaire Las Palmeras (Colombia)* (2000), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 67, Opinion concurrente [*Affaire Las Palmeras*].

²⁴⁵ *Affaire Bámaca Velásquez (Guatemala)* (2000), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C), n° 70, au para. 38 [*Affaire Bámaca Velásquez*]. Il est toutefois à noter que, dans cette affaire, la majorité de la Cour a affirmé ne pas pouvoir appliquer le DIH.

dans l'intégration du DIH dans l'exécution de leurs mandats respectifs, en adoptant une approche holistique par rapport aux obligations étatiques²⁴⁶. Même si la Commission interaméricaine a déjà conclu qu'elle était indirectement autorisée à étudier et appliquer les règles de DIH à l'intérieur de son mandat²⁴⁷, le courant jurisprudentiel dans son ensemble ne va pas en ce sens. En effet, à notre connaissance, la Cour interaméricaine ne s'est jamais prononcée sur la violation d'une disposition du droit humanitaire en tant que telle, mais plutôt sur des violations de la *Convention interaméricaine* au regard des normes de droit humanitaire.

4.2.2 Limites du régime de protection du droit international des droits de la personne

Malgré tous les avantages qu'il offre, le régime de protection des droits de la personne possède certains éléments qui posent des limites à l'utilisation que peut en faire la victime. Premièrement, il est parfois possible qu'il y ait incompatibilité entre le régime de protection du droit public des droits de la personne et le DIH et ce, malgré leur complémentarité. Le fait d'utiliser uniquement les mécanismes de protection des droits de la personne pour faire valoir certains droits qui existent dans le cadre d'un conflit armé et qui sont protégés par les deux régimes peut constituer un désavantage : par exemple, lorsque le droit humanitaire apporte des précisions qui sont mieux adaptées aux réalités des conflits armés²⁴⁸. Il ne faut pas oublier en outre que plusieurs règles du droit humanitaire ne sont pas abordées par le régime de protection des droits de la personne. Nous venons tout juste de voir que les organes internationaux et régionaux de protection des droits humains sont souvent réticents à invoquer, dans l'exercice de leurs mandats, des dispositions du droit humanitaire. L'approche de la *lex specialis* est une voie qui s'est avérée fructueuse, surtout devant les instances du système interaméricain pour faire le pont entre les deux régimes, mais il ne faut pas oublier que, dans

²⁴⁶ Voir généralement Martin, *supra* note 233 à la p. 1037.

²⁴⁷ Voir l'*Affaire La Tablada*, *supra* note 233 au para. 161 *in fine*, tel que traduit dans Sassòli Bouvier, *supra* note 2, (vol II) à la p. 1295 (la version originale de la décision est en espagnol et une version anglaise est disponible sur le site internet de la Commission : <www.cidh.org> (page visitée le 1^{er} août 2007) : « [L]a Commission doit nécessairement étudier et appliquer des principes de définition et des règles pertinentes de droit humanitaire, pour s'appuyer sur des sources faisant autorité, lorsqu'elle est saisie de plaintes de ce type et d'autres types de griefs faisant état de violations de la Convention américaine dans des situations de combat. À défaut, la Commission devrait se déclarer incompétente dans un grand nombre de cas concernant des attaques lancées sans discrimination par des agents de l'État et qui ont causé un nombre considérable de victimes civiles. Une telle situation serait manifestement absurde au regard du but et de la mission de la Convention américaine et des traités de droit humanitaire ». Contra *Affaire Las Palmeras*, *supra* note 244.

²⁴⁸ C'est le cas pour le droit à la vie, l'interdiction de traitements inhumains et dégradants, le droit à la santé, le droit à la nourriture et le droit à la liberté personnelle : voir Sassòli Bouvier, *ibid.*

les cas où le DIH occupe un second rang, ou est mis de côté, la victime ne bénéficie plus de la protection maximale qui devrait être la sienne.

Deuxièmement, les droits contenus dans les instruments du droit international des droits de la personne peuvent ne plus exister dans le contexte d'un conflit armé. Nous l'avons vu plus haut, les clauses de dérogation permettent une suspension de certains droits lorsqu'un conflit armé fait rage au sein d'un État. Cette situation est justifiée par le fait qu'une guerre est une menace directe et physique à la survie d'un État et que des mesures exceptionnelles peuvent être prises pour conserver la survie et l'intégrité territoriale de celui-ci. Le système de DIH et le régime des droits de la personne sont donc complémentaires, mais de façon imparfaite. Certains droits reconnus dans le contexte des droits humains ne trouvent plus application ou sont limités dans le contexte d'une guerre; c'est le cas pour le droit de réunion ou la liberté d'expression, par exemple. Cela a pour conséquence de diminuer, à la base, les recours se fondant exclusivement sur le régime de protection des droits de la personne. Cette suspension de certains droits humains constitue un obstacle qui, en soi, n'est toutefois pas majeur. Comme l'a démontré la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans son *Rapport sur les droits humains et le terrorisme*²⁴⁹, les droits humanitaires sont des droits humains non dérogeables en situation de conflit armé; il y a donc un nombre considérable de droits qui sont protégés de façon combinée par les deux régimes.

Finalement, un élément est commun à tous les instruments de protection des droits humains attribuant un droit individuel à la réparation : le *rationae personarum* est contre l'État. Dans la logique du système de protection de droit international des droits de la personne, c'est l'État qui porte toute la responsabilité; l'individu n'est pas imputable en soi, que ce soit pénalement ou civilement. Il n'est donc pas question *a priori* d'un droit individuel à la réparation contre l'auteur de la violation. Des droits sont conférés à des individus, mais vraisemblablement pas d'obligations. Il s'agit donc là d'une des limites pour les victimes de violations du droit humanitaire. Cela diminue la possibilité pour les victimes de saisir les instances internationales pour obtenir réparation directement de la part de l'auteur de la violation. La réparation qui peut être obtenue de l'État n'est toutefois pas à négliger. En outre, la teneur des autres obligations étatiques peut potentiellement mener à une obligation de permettre

²⁴⁹ *Rapport sur le terrorisme de la Commission interaméricaine, supra* note 205. Les droits principalement examinés dans ce rapport sont : droit à la vie, droit à la liberté et à la sécurité personnelles, droit à un traitement humain, droit à un procès juste et équitable et droit à la liberté d'expression. Voir le para. 11 du résumé : « Perhaps in no other area is there greater convergence between international human rights law and international humanitarian law than in the standards of humane treatment. While governed by distinct instruments, both regimes provide for many of the same minimum and non-derogable requirements dealing with the humane treatment of all persons held under the authority and control of the state. Moreover, under both regimes the most egregious violations of humane treatment protections give rise not only to state responsibility, but also individual criminal responsibility on the part of the perpetrator and his or her superiors ».

l'accès à la réparation par l'entremise d'un recours de nature privé. Nous examinerons ci-après dans quelle mesure le droit au recours et aux garanties judiciaires qui incombe aux États et qui est prévu dans les instruments de protection du droit public des droits de la personne peut inclure le droit au recours privé, y compris le droit de réclamer réparation contre l'auteur de la violation. Avant de procéder à cette analyse, nous regarderons quel est l'impact des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'accès des victimes à la réparation.

- 4.3 Est-ce que la consolidation des normes existantes traitant du droit à la réparation pour les victimes de violations des droits de la personne et du droit international humanitaire a facilité l'accès à la réparation pour les victimes?

À la lumière des sections précédentes, nous sommes à même de constater que, lorsqu'on se place dans la position des victimes d'atteintes à des droits fondamentaux inhérents à la qualité d'être humain, une pléthore de règles peut être invoquée, avec des degrés de succès divers. Nous l'avons vu plus haut, plusieurs normes de droit international traitent du droit à un recours et à réparation pour les victimes. La *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*²⁵⁰ a constitué le premier effort de systématisation des règles de droit international public pouvant bénéficier aux victimes. Cette résolution adoptée par l'Assemblée générale en 1985 a décrit pour la première fois les différentes protections qui reviennent aux victimes individuelles ou collectives qui ont subi un préjudice du fait de la violation de lois pénales. Malgré cet effort, toutes les règles visant le droit au recours et à la réparation pour toutes les victimes de violations de normes de droit international reste encore dispersées à travers diverses conventions et normes coutumières.

C'est dans cet esprit et avec la volonté de constituer un outil de systématisation des règles existantes que les Nations Unies ont oeuvré à l'élaboration des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international*

²⁵⁰ *Déclaration de 1985, supra note 207.*

humanitaire²⁵¹. Lors de l'adoption de ce document, l'Assemblée générale a pris le soin de recommander « aux États de tenir compte des Principes fondamentaux et directives, d'en promouvoir le respect et de les porter à l'attention des membres des organes exécutifs de l'État »²⁵².

²⁵¹ *Principes fondamentaux et directives*, supra note 19: cette résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies est le fruit de nombreuses années de travail. Le gouvernement chilien fut tout d'abord l'instigateur de ce projet, lorsqu'il débuta son processus de réparation des victimes au sein de l'État. Le besoin d'avoir entre les mains un outil pratique visant les droits des victimes, toutes sources confondues, s'est fait sentir très clairement dans le déroulement de ces opérations de réparation. La même situation s'est présentée avec la Commission de vérité et réconciliation péruvienne. Voir Ipsita Mondal, « Second Consultative Meeting on "The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law -20-23 October 2003, Geneva » International Movement Against All Forms of Discrimination and Racism (IMADR), en ligne : <<http://www.imadr.org/old/geneva/2003/2nd.CM.restitution.html>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [IMADR]. Parmi les grandes étapes de cet important développement, il nous faut mentionner la production du rapport du premier Rapporteur spécial, Theo van Boven en 1993 (*Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par M. Theo van Boven, Rapporteur spécial*, Doc. off. CES NU, 45^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993)), qui fut modifiée en 1996 (*Principes fondamentaux et Directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'Homme et du droit humanitaire*, Doc. off. CES NU, 48^e sess., Annexe, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1996/17 (1996) 3 : cette version a été demandée dans le cadre de la décision 1995-117 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, Déc. CES 1995/117, Doc. off. CES NU, 1995, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/DEC/1995/117), le dépôt de la première version des Principes et directives en 1997 (*Note établie par l'ancien Rapporteur spécial de la Sous-Commission, M. Theo van Boven, en application du paragraphe 2 de la résolution 1996/28 de la Sous-Commission*, Doc. off. CES NU, 53^e sess., Annexe point 8, Doc. NU E/CN.4/1997/104 (1997) 2), la nomination de Chérif Bassiouni en tant qu'expert en 1999 par la défunte Commission des droits de l'Homme (*The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Rés. CES 1998/43, Doc. off. CES NU, 54^e sess., Doc. NU E/CN.4/RES/1998/43 (1998)), la production d'une version révisée des Principes et directives la même année (*Rapport de l'expert indépendant, M. Cherif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 55^e sess., Doc. NU E/CN.4/1999/65 (1999)), la production d'un second rapport par C. Bassiouni, en application de la Résolution 1999/33 de la Commission des droits de l'Homme demandant de tenir compte des observations formulées par les États et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales en 2000 (*Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Cherif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1999/33 de la Commission*, Doc. off. CES NU, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/2000/62 (2000)), la demande de la Commission des droits de l'Homme d'engager le Haut Commissariat aux droits de l'Homme à organiser une réunion consultative en 2004 (*The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of grave violations of human rights and fundamental freedoms*, Rés. CES 2004/34, Doc. off. CES NU, 60^e sess., Doc. NU E/CN.4/RES/2004/34 (2004)), la tenue de 3 réunions entre 2002 et 2004 (dans le cadre de ces réunions, Alejandro Salinas a produit une nouvelle version révisée des Principes fondamentaux et directives), la production d'une note du Haut-commissaire (*Le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, Note du Haut Commissaire aux droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/2005/59 (2005) [E/CN.4/2005/59]) dans la même année et finalement l'adoption des Principes et directives par la Commission des droits de l'homme (*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Rés. CES 2005/35, Doc. off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/RES/2005/35 (2005)) et le Conseil économique et social (*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, Rés. CES 2005/30, Doc. off. CES NU E/RES/2005/30) en 2005.

Le but des *Principes fondamentaux et directives* n'est pas de formuler de nouvelles normes, mais de systématiser les normes qui, quoiqu'elles émanent de différentes sources du droit international, ont un élément en commun : elles existent au bénéfice des victimes. L'idée derrière ce document est donc de systématiser les mécanismes de mise en œuvre des droits des victimes qui existent déjà au niveau normatif. Ainsi, la valeur d'un tel document ne réside pas dans son aspect novateur, mais bien de par sa fonction compilatrice. Qui plus est, ce document a nécessité un travail d'une valeur inestimable de la part des États : celui de clarifier la teneur et la portée des obligations qu'ils se sont donnés. En effet, les *Principes fondamentaux et directives* doivent refléter les normes minimales du droit international²⁵³. Le contenu de ce document peut donc légitimement être admis comme représentant l'état actuel du droit conventionnel et coutumier au moment de la rédaction.

Il convient de commenter ce document quant aux types de violations dont il traite. Les *Principes fondamentaux et directives* visent principalement les « violations graves du droit humanitaire » et les « violations flagrantes du droit international des droits de la personne ». Cette hiérarchisation des violations a fait l'objet de débats lors du processus de consultation, et même durant les étapes préalables de rédaction. La Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (qui avait demandé à van Boven de produire la version initiale des *Principes fondamentaux et directives*) avait à l'origine, au début des années 1990, l'intention de se concentrer sur les violations flagrantes²⁵⁴. Puis, à la suite de la première réunion consultative à l'automne 2002, il a été question de « l'ensemble des règles relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire énoncées dans les traités, le droit coutumier et les législations nationales »²⁵⁵. Lors de la deuxième rencontre consultative d'octobre 2003, la question de se concentrer principalement sur les violations qui sont « graves » et « flagrantes » a refait surface, allant même jusqu'à parler uniquement de « violations flagrantes du droit international », ce qui a donné lieu à de nombreuses discussions²⁵⁶.

²⁵² *Principes fondamentaux et directives*, *supra* note 19, préambule, « attendus ».

²⁵³ *Ibid.* à l'annexe, « General Observations » à la p. 5, para. 11 et E/CN.4/2005/59, *supra* note 251, annexe « Observations générales » à la p. 5, para. 10 [E/CN.4/2005/59, *Principes fondamentaux et directives* – 3^e réunion].

²⁵⁴ *Le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire*, Note du Haut-Commissaire aux droits de l'homme, Doc. off. CES NU, 59^e sess., 2002, Doc. NU E/CN.4/2003/63 à la p. 6, para. 10 [*Principes fondamentaux et directives* – 1^{ère} réunion].

²⁵⁵ *Ibid.*, para. 10.

²⁵⁶ Voir IMADR, *supra* note 251 : dès la deuxième réunion consultative, les États-Unis ont argué que les *Principes fondamentaux et directives* devraient viser uniquement le droit international des droits de la personne, et non le

Le compromis finalement atteint a été de parler uniquement que des violations flagrantes/graves. Salinas indique, dans ses observations générales de la troisième réunion consultative, que ces deux termes reprennent une « terminologie consacrée »²⁵⁷. Ce commentaire nous surprend et nous croyons qu'elle émane plus du droit pénal international²⁵⁸ que du DIH. En effet, en droit humanitaire, l'expression consacrée est plutôt « infractions graves »²⁵⁹; on ne retrouve l'expression « violations graves » qu'à deux endroits dans le droit conventionnel humanitaire²⁶⁰. Même les *Commentaires du CICR* s'interrogent sur la différence entre les deux concepts : on arrive à la conclusion que les violations graves constituent des comportements contraires aux *Conventions de Genève* et aux Protocole et revêtant un caractère de gravité, mais ne figurant pas comme tels dans les listes d'« infractions graves »²⁶¹. On doit donc supposer que c'est de ce type de violations dont il est question dans les *Principes fondamentaux et directives*, puisqu'aucune définition de ce terme n'a été incluse dans le document²⁶².

Ce choix de concentrer les *Principes fondamentaux et directives* sur les violations rencontrant un certain seuil d'intensité emporte certaines conséquences. Par exemple, ce sont uniquement les victimes de violations graves du DIH sont visées par les Principes VII et VIII qui disposent respectivement du droit au recours et l'accès à la justice. La définition de « victime » qu'offrent les

DIH, puisque ce domaine est à l'extérieur de la compétence, du mandat et de l'expertise de la défunte Commission des droits de l'Homme. Les délégations suisse et suédoise ont exprimé leur désaccord avec cette position, tandis que le Canada et le Royaume-Uni l'ont appuyée.

²⁵⁷ E/CN.4/2005/59, *Principes fondamentaux et directives* - 3^e réunion, *supra* note 253, para. 12.

²⁵⁸ Cette expression est utilisée pour référer à la compétence *ratione materiae* de TPIR, TPIY, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et de la CPI; dans chacun de ces cas, les violations visées sont incluses dans une catégorie plus large que celle des « infractions graves ».

²⁵⁹ Article commun aux 4 *Conventions de Genève*, art. 50/51/130/147.

²⁶⁰ Art. 89 et 90 PI *supra* note 32.

²⁶¹ *Commentaires CICR PI et PII*, *supra* note 80 à la p. 1057, aux para. 3588 à 3593.

²⁶² À l'issue de la deuxième réunion consultative en 2003, il avait été suggéré d'ajouter dans le texte le paragraphe suivant : « For the purposes of this document gross violations of international law means unlawful deprivation of the right to life, torture, or other cruel, inhuman treatment or punishment, enforced disappearance, slavery, slave trade and related practices, deprivation of the rights of persons before the law and similar serious violations of fundamental rights and freedoms and norms guaranteed under applicable international law » (tel que cité dans: Service International pour les droits de l'homme / International Services for Human Rights/ (SIDH / ISHR), *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law, Second Consultative Meeting (Geneva, 21 to 24 October 2003)* à la p. 2 en ligne : <www.ishr.ch> (page visitée le 1^{er} juin 2007); ce paragraphe n'a toutefois pas été inclus dans les versions subséquentes.

*Principes fondamentaux et directives*²⁶³ et la définition en détail des différentes formes de réparation²⁶⁴ semblent aussi viser uniquement ce type de victime²⁶⁵. Serait-ce à dire que, dans l'état actuel du droit, le droit à la réparation et au recours n'existe pas pour toutes les victimes sans distinction? Nous ne pouvons soutenir une position aussi ferme, puisque les *Principes fondamentaux et directives* visent aussi une catégorie plus large qui englobe tous les types de victimes. Par exemple, le Premier principe²⁶⁶ fait écho à l'article 1 commun aux *Conventions de Genève* en rappelant l'obligation des États de respecter, de faire respecter et d'appliquer les normes visées, en spécifiant que cette obligation passe par la compatibilité du droit interne avec les obligations juridiques internationales. Le Principe II précise la portée de cette obligation en affirmant qu'elle comprend, entre autres, l'obligation de l'État de prendre les mesures appropriées pour prévenir les violations, d'enquêter sur les violations et de prendre des mesures contre les responsables, d'assurer l'accès effectif à la justice des victimes « quelle que soit, en définitive, la partie responsable de la violation » et d'offrir aux victimes des voies de recours utiles (y compris la réparation). En ce qui a trait aux droits à la réparation et au recours, le texte réfère aux précisions qui sont faites plus loin, c'est-à-dire aux Principes VII et VIII qui traitent des victimes de violations flagrantes/graves. À la lumière de ces remarques et après étude de ce qui équivaut aux travaux préparatoires, il est donc difficile pour nous de cerner la raison de cette distinction dans le type de violations.

Lorsque l'on prend conscience du travail préalable qui a donné naissance aux *Principes fondamentaux et directives* tels qu'entérinés par l'Assemblée générale, on constate qu'il est presque plus intéressant de s'attarder aux étapes préalables plutôt qu'au document final lui-même. En effet, en regardant les différentes versions du texte, on constate que les sujets non abordés, les omissions, les retraites et les ajouts en disent plus long que le texte lui-même. Les débats dont nous venons de faire état entourant le type de violations visées en est un exemple. Le résumé des consultations fait par le Service international pour les droits de l'Homme au sujet de la 3^e réunion consultative de décembre 2004, mentionne que cette réunion « a suivi l'orientation de la deuxième et a davantage affaibli les

²⁶³ *Principes fondamentaux et directives*, supra note 19, Principe V.

²⁶⁴ *Ibid.*, Principe IX; les formes de réparation sont : restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition.

²⁶⁵ *Ibid.*, supra note 19, Principe V.

²⁶⁶ *Ibid.*, supra note 19: « L'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, telle qu'elle est prévue dans les régimes juridiques pertinents, découle : a) Des traités auxquels un État est partie; b) Du droit international coutumier; c) Du droit interne de chaque État. [...] ».

Principes et directives »²⁶⁷. Les différents affaiblissements mentionnés²⁶⁸ font dire à l'ONG que :

[...] tous ces résultats et le temps pris pour conclure les débats démontrent clairement que la poursuite des consultations sur les Principes et directives n'aura que très peu d'incidences positives. Dans l'ensemble, les réunions de consultation ont abouti à un document truffé de compromis politiques, au lieu de conduire à une articulation détaillée des principes par les experts²⁶⁹.

Il ne faut toutefois pas minimiser l'apport important de ce document. Le travail effectué en lien avec les *Principes fondamentaux et directives* est plus que bienvenu, en ce qu'il souligne l'importance de placer la victime au centre du débat. La valeur de ce document réside dans le fait qu'il s'agit d'un outil né de la systématisation. De la même façon qu'un index jurisprudentiel classe et standardise tous les jugements rendus par un tribunal sans pour autant en commenter la valeur ou bien créer de nouvelles décisions, les *Principes fondamentaux et directives* ne changent pas l'état actuel du droit au recours et à la réparation pour les victimes en vertu du droit international public. Ils n'identifient pas non plus les droits primaires subjectifs dont bénéficient les individus et qui donnent ouverture à réparation et à recours lors d'une violation. Plutôt, ils organisent les règles déjà existantes pour souligner la cohérence entre le système de protection du droit international des droits de la personne et le système de droit international humanitaire, et permettent de voir plus clair dans la portée des droits dans l'état actuel du droit international public. L'exercice auquel se sont adonnés les États dans le cadre de l'élaboration des *Principes fondamentaux et directives* constitue un énoncé de ce qu'est l'état du droit international tel qu'ils le conçoivent.

Soulignons en outre que les *Principes fondamentaux et directives* ne mentionnent pas non plus expressément le droit au recours privé de nature civile. Au surplus, le Principe VIII, qui énonce les normes applicables à l'accès à la justice, utilise le terme « devraient » pour détailler les mesures à prendre pour garantir ce droit d'accès à la justice²⁷⁰. L'utilisation de ce temps de verbe conditionnel

²⁶⁷ Service international pour les droits de l'homme / International Service for Human Rights, « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, 3^e réunion de consultation (Genève, 21 septembre au 1^{er} octobre 2004) » à la p. 2, en ligne : <www.ishr.ch> (page visitée le 1^{er} juin 2007).

²⁶⁸ *Ibid.* : les affaiblissements sont nommément 1) la réaffirmation du droit existant plutôt que le développement de nouvelles règles 2) le retrait de la mention du droit à un procès équitable comme exigence à considérer lors d'une extradition 3) le retrait de la mention de la suspension de la prescription en l'absence de recours efficace 4) la suppression de la mention à l'effet que le droit d'accès à la justice s'étend aux procédures internationales 5) le retrait de la règle de succession d'État et 6) l'affaiblissement des mesures générales de satisfaction.

²⁶⁹ *Ibid.* aux pp. 2 et 3.

²⁷⁰ Ces mesures sont : « a) Diffuser des informations, par des mécanismes publics et privés, sur tous les recours disponibles [...] b) Prendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les

indique qu'il ne s'agit pas là, en principe, d'obligations contraignantes pour les États en droit international. Donc, rien ne nous indique que, par exemple, la mise à la disposition de tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires pour que les victimes exercent leur droit à un recours constitue une véritable obligation internationale.

À la lumière des travaux de divers organes des Nations Unies, il est clair que les victimes de certaines violations du DIH bénéficient de certaines protections, y incluant le droit à un recours et à la réparation. La consécration du droit précis pour la victime de poursuivre directement l'auteur de la violation qui l'a affecté n'est toutefois pas aussi manifeste. Soit, le texte des *Principes fondamentaux et directives* ne nous fournit pas suffisamment d'information à ce sujet, mais un commentaire du professeur van Boven formulé lors de la 2^e réunion consultative à ce sujet peut jeter un éclairage probant sur la situation :

The doctrine of state responsibility is important in the regulation of international and national law but in the draft text before us reparation is not linked exclusively to the state, but to those who have caused the victim/s to suffer impairment of their human rights. So not necessarily the state's responsibility, but it is the state's obligation to provide compensation to victims, be it by the state itself or by non-state actors [nos soulignements]²⁷¹.

Lors de cette même réunion, professeur Bassiouni s'est lui aussi penché sur la question de la nature des obligations de l'État de permettre le droit au recours, opérant cette fois-ci une distinction entre les situations où les violations sont imputables et à l'État et celles où elles ne lui sont pas imputables, tel qu'en témoigne ce résumé de la réunion produit par IMADR :

Professor Bassiouni concurred that for the purposes of clarity we should make a distinction between acts attributable to the state - in which case the state has an obligation to provide substantive remedies - as distinguished from cases where the state has not been a party to the violation in which case it provides support for the claimant. These are different issues for what a state may do domestically to provide solidarity for victims. Where the violation is attributable to the state, the state liability is entirely different from a situation in which the state has no obligation but is willing to assist on the basis of social solidarity where the victim is unable to get redress because the party responsible is unable / unwilling to supply compensation. Clearly if the state is already in a position to do so it shall but if not, the

victimes et leurs représentants, [...] c) Fournir l'assistance voulue aux victimes qui cherchent à avoir accès à la justice; d) Mettre à disposition tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés pour que les victimes puissent exercer leurs droits à un recours [...]. L'accès à un recours adéquat, utile et rapide en cas de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou de violations graves du droit international humanitaire devrait englober tous les mécanismes internationaux disponibles et appropriés dont une personne peut se prévaloir, sans préjudice de l'exercice de tout autre recours interne ».

²⁷¹ Extrait d'un commentaire formulé par Theo van Boven, lors de la 2^e réunion consultative sur les *Principes fondamentaux et directives* : IMADR, *supra* note 251.

invitation is for it to act on the basis of social solidarity with the victim [...] [nos soulignements]²⁷².

Les propos tenus ici par les professeurs van Boven et Bassiouni nous invitent à nous pencher sur une question fort importante : quelle est la portée de l'obligation des États de rendre la justice accessible et efficace? Va-t-elle jusqu'à obliger l'accès aux recours civils de nature privée? Peut-elle être invoquée même lorsque la responsabilité de l'État n'est pas en cause? Ce sont ces questions que nous examinerons dans les prochaines pages.

4.4 Quelle est la portée de l'obligation des États de permettre l'accès à la réparation?

4.4.1 Commentaires généraux

En vertu des normes de protection du droit international des droits de la personne, l'État a l'obligation de mettre à la disposition des victimes d'atteintes à leurs droits protégés des mécanismes leur permettant d'être entendues et d'obtenir justice et réparation. Nous avons vu plus haut que plusieurs dispositions de droit international des droits de la personne consacrent le droit de l'individu à un recours effectif, ce qu'on peut ici qualifier de « droit à la réparation potentielle ». À ce stade du mémoire, nous désirons considérer le lien qui existe entre des obligations étatiques telles que la protection judiciaire, le droit à un recours et l'accès à la justice, et les mécanismes judiciaires mis en place au sein d'un État. En effet, ces obligations existent en droit international des droits de la personne : il revient à l'État de permettre aux individus un accès réel aux tribunaux lorsque leurs droits humains sont bafoués. Il s'agit donc d'obligations étatiques internationales ayant des répercussions directes sur l'exercice du pouvoir public. Comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme l'a affirmé à deux reprises, l'État a le droit de garantir sa sécurité, mais dans le respect des limites qu'imposent les droits de la personne; la protection de ces droits demande en effet une retenue dans l'exercice des pouvoirs étatiques²⁷³. Nous aimerions donc examiner quelle est l'étendue de cette

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Voir l'*Affaire Velásquez Rodríguez (Honduras)* (1988), Inter-Am.Ct.H.R. (Sér. C) n° 4, au para. 165 [*Affaire Velásquez Rodríguez*] : « The exercise of public authority has certain limits which derive from the fact that human rights are inherent attributes of human dignity and are, therefore, superior to the power of the State » et *The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights* (1986), Avis consultatif OC-6/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 6, para 21 : « The protection of human rights, particularly the civil and political rights set forth in the Convention, is in effect based on the affirmation of the existence of certain inviolable attributes of the individual that cannot be legitimately restricted through the exercise of governmental power. There are individual

obligation, sans toutefois procéder à une analyse étoffée, ce que ne nous permet pas le présent mémoire. Nous affirmons qu'il s'agit là d'une piste fort intéressante pour nous emmener vers la dernière partie de notre mémoire dans laquelle sont examinées les limitations que pose l'utilisation des régimes nationaux de responsabilité civile par les victimes de violations du DIH à l'encontre des auteurs des violations. En effet, l'existence de cette obligation internationale pourrait être un argument supplémentaire justifiant l'intervention des tribunaux nationaux lorsque leur sont présentées des actions entre parties privées en dommages et intérêts de la part des victimes de violations du DIH. Par exemple, si le Canada est lié internationalement par l'obligation de permettre les recours même lorsqu'une violation du droit humanitaire alléguée n'a pas eu lieu sur son territoire, cela vient justifier le fait que les tribunaux québécois se déclarent compétents pour entendre les causes concernant ces violations. Plus encore, l'existence de cette obligation imposerait que ces causes soient entendues. Nous tenterons donc de voir dans les prochaines pages si l'obligation de protection judiciaire est de portée aussi large.

Mentionnons, avant de poursuivre plus avant, que la question de l'étendue de l'obligation de protection judiciaire et du droit au recours est particulièrement à-propos en ce qui a trait à l'accès à la réparation dans le cadre de conflits armés non internationaux. En effet, les mécanismes qui pourraient être mis à la disposition de victimes dans le cadre de conflits armés internationaux ne sont pas nécessairement transposables dans les conflits qui se déroulent à l'intérieur d'un seul État : dans ce dernier cas de figure, les victimes subissent des violations au sein de leur propre État et ont généralement accès uniquement aux tribunaux domestiques pour demander réparation en application du droit interne²⁷⁴. Il est donc pertinent d'évaluer si les recours internationaux prévus en droit international des droits de la personne permettent d'exercer le droit à la réparation, dans l'éventualité où les recours de droit interne ne fonctionnent pas.

domains that are beyond the reach of the State or to which the State has but limited access. Thus, the protection of human rights must necessarily comprise the concept of the restriction of the exercise of state power ».

²⁷⁴ Voir par ex. le *Basic Military Manual* de la Colombie et le *American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, tels que rapportés dans *l'Étude du CICR sur le DIH coutumier*, *supra* note 76, vol. II.

4.4.2 Le droit à la réparation potentielle sous le régime interaméricain

4.4.2.1 L'obligation étatique de garantie du libre et plein exercice des droits de la personne

Nous l'avons vu plus haut, les organes judiciaires du système interaméricain sont particulièrement bien adaptés pour être saisis des demandes individuelles. De plus, le contexte dans lequel ont évolué les Amériques a eu pour conséquence le développement d'un contentieux impliquant des situations de conflits armés (pensons par exemple au Nicaragua, au Guatemala ou à la Colombie). Compte tenu de l'analyse restreinte à laquelle nous pouvons procéder dans le cadre de ce mémoire de maîtrise, nous avons cru bon de nous attarder au système interaméricain pour voir différents contextes dans lesquels le droit d'accès à la justice a été invoqué. Nous ferons toutefois quelques commentaires dans la prochaine section sur la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme, mais nous désirons attirer l'attention du lecteur sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une analyse exhaustive.

Nous désirons tout d'abord évaluer si l'obligation qu'ont les États parties à la *Convention américaine* de respecter et de garantir le libre et plein exercice des droits peut impliquer une obligation de donner aux victimes accès à un recours civil contre l'auteur de la violation. Cette obligation se lit comme suit :

Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale²⁷⁵.

À première vue, il semble difficile de lire une obligation d'accès à la réparation dans une disposition aussi vague. Il est toutefois pertinent de s'attarder un peu sur ce qu'on entend par « garantir le libre et plein exercice » des droits et libertés. Le jugement dans l'*Affaire Velásquez Rodríguez* nous fournit plus de détails à ce sujet :

Cette obligation implique le devoir pour les États parties d'organiser leur appareil gouvernemental et, plus généralement, toutes les structures à travers lesquelles s'exerce la puissance publique, de telle manière qu'ils soient aptes à assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme. En conséquence de cette obligation, les États parties doivent prévenir, rechercher et sanctionner toute violation des droits reconnus par la Convention,

²⁷⁵ *Convention américaine*, supra note 207, art. 1.1.

tenter de rétablir dans la mesure du possible, le droit lésé et, le cas échéant, réparer les dommages causés par la violation des droits de l'homme.

L'obligation de garantie du libre et plein exercice des droits de l'homme n'est pas remplie avec l'existence de normes destinées à rendre possible son accomplissement; elle comporte aussi la nécessité d'une action gouvernementale assurant dans les faits une garantie efficace du libre et plein exercice des droits de l'homme²⁷⁶.

On comprend par ce passage que l'obligation du « libre et plein exercice des droits humains » qui incombe aux États parties est une obligation autonome qui existe peu importe que la violation initiale soit imputable elle aussi directement à l'État. Dans cette affaire, la Cour interaméricaine a dû déterminer si le Honduras avait commis une violation à l'article 1.1 de la *Convention américaine* en omettant de garantir des droits prévus par cette dernière (droit à la vie, à l'intégrité et à la liberté de la personne), sans que soient imputés l'acte d'enlèvement et la disparition forcée au Honduras²⁷⁷. La Cour a affirmé qu'il était nécessaire que l'État ait failli « activement » à sa tâche, en entravant, d'une façon ou d'une autre, le libre exercice des droits garantis, pour conclure à une violation :

En effet, un acte attent[at]atoire aux droits de l'homme et qui, initialement, ne serait pas directement imputable à un Etat — par exemple s'il est l'oeuvre d'un particulier ou si son auteur n'est pas identifié — peut néanmoins engager la responsabilité internationale de cet État, non en raison du fait lui-même, mais en raison du manque de diligence de l'État pour prévenir la violation des droits de l'homme ou la traiter dans les termes requis par la Convention²⁷⁸.

Ce passage nous permet d'ouvrir une nouvelle porte menant à la réparation individuelle. Le droit à la réparation par compensation étant prévu à l'article 63(1) de la *Convention américaine*, les États parties se voient obligés d'en garantir l'exercice, sans qu'elles soient les entités auxquelles est imputable la violation initiale au droit primaire. Cette distinction prend toute son importance dans le contexte d'un conflit non international. En effet, l'obligation étatique de prévenir, rechercher et

²⁷⁶ *Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 273, aux para. 166 et 167. Version française ici rapportée, telle que traduite par le Réseau Damoclès de Reporters sans frontière, en ligne <http://www.reseau-damocles.org/article.php3?id_article=4250> (page visité le 1^{er} août 2007). À noter, au sujet de cette affaire, que quoiqu'il n'y était pas question *a priori* d'un conflit armé, elle semble pertinente pour ce type de situation en principe et serait applicable *mutatis mutandis*. Voir aussi *Constitutional Court case (Pérou)* (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 71, au para. 90 : « is one of the basic pillars, not only of the American Convention but also of the rule of law itself in a democratic society, within the meaning of the Convention [...]. By attributing functions of protection to the domestic legislation of the States Parties, Article 25 is closely related to the general obligation in Article 1(1) of the American Convention », tel que rapporté dans l'*Affaire Ivcher Bronstein (Pérou)* (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 74, au para. 135 [*Affaire Ivcher Bronstein*].

²⁷⁷ Voir la *Convention américaine*, *supra* note 207, aux art. 50 et 51 (pour la compétence de la Commission) et 4, 5 et 7 (pour les droits protégés) : la Commission a demandé à la Cour d'affirmer que les conséquences d'une situation de violations des droits humains protégés par la Convention américaine doit être remédiée par la compensation juste équitable des parties ayant subis les dommages.

²⁷⁸ *Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 273, au para. 172.

sanctionner les violations, peu importe par qui celles-ci sont commises, subsiste même dans les cas de figure où la violation est imputable à un groupe armé non étatique. Comme l'affirme la Cour :

Ce qui est décisif, c'est de déterminer si une atteinte caractérisée aux droits de l'homme reconnus par la Convention a eu lieu avec l'aide ou la tolérance des pouvoirs publics ou si ceux-ci ont agi de manière à ce que la transgression puisse s'accomplir en l'absence de mesures préventives ou dans l'impunité. Il s'agit en définitive de déterminer si la violation des droits de l'homme résulte de l'inobservation par un État de son obligation de respecter et de garantir ces droits, obligation qui lui est imposée par l'article 1.1 de la Convention [nos soulignements]²⁷⁹.

L'*Affaire Velásquez Rodriguez* nous apprend que, pour s'acquitter de son obligation de garantie du libre et plein exercice des droits humains, le pouvoir judiciaire d'un État doit, entre autres, enquêter de façon sérieuse et complète sur les violations alléguées des droits de la personne, s'occuper des recours introduits devant les tribunaux internes et permettre l'accès à la preuve :

L'État a le devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations des droits de l'homme, de rechercher sérieusement avec les moyens dont il dispose celles qui sont commises dans le cadre de sa juridiction, afin d'en identifier les coupables et d'assurer à la victime une répartition équitable²⁸⁰.

L'idée derrière l'existence de cette obligation est que la solution pour mettre fin à l'impunité réside entre les mains de ceux qui ont un ascendant sur les auteurs des violations : l'État se trouve à être en tête de liste. Le respect de la règle de droit passe donc inéluctablement par celui-ci. L'État doit prendre tous les moyens nécessaires pour éviter la commission de violations et pour sanctionner les violations commises. S'il laisse aller des pratiques atteignant l'intégrité de la personne ou pratique l'aveuglement volontaire, il manque à son devoir, engageant ainsi sa responsabilité.

La portée de ce droit est assez étendue et ne se limite pas au territoire que contrôle l'État visé. En effet, la responsabilité des États parties peut être engagée au-delà de ses frontières. Les gestes et omissions des agents d'un État, peu importe où ils sont réalisés, peuvent engager cette responsabilité. Plus encore, même les effets de ces gestes peuvent avoir cette implication²⁸¹. En ce qui a trait au système américain de protection des droits de la personne, l'obligation dont dispose l'article 1.1 de la

²⁷⁹ *Ibid.*, para. 173.

²⁸⁰ *Ibid.*, para. 174. Pour l'application du droit tel qu'énoncé par la Cour aux faits de l'affaire, voir les para. 178 et 179.

²⁸¹ Voir par ex. *Saldaño c. Argentina* (1999), Inter-Am. Comm. H.R. n° 38/99, *Annual Report of Inter-American Commission on Human Rights* : 1998, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 289, aux para. 16 et 17 [*Affaire Saldaño*]. Voir aussi *Effect of reservations on the entering into effect of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)* (1982), Avis consultatif OC-2/82, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), n° 2, au para. 33.

Convention américaine a donc une portée assez large, ce qui permet de l'invoquer pour rejoindre la responsabilité étatique au-delà de son territoire.

L'obligation de garantie d'exercice des droits connaît toutefois certaines limites. Par exemple, le dépôt d'une plainte interétatique (« interstate complaint ») dénonçant la commission d'une infraction par un autre État membre ne constitue pas un élément visé par l'obligation de garantir l'exercice des droits protégés²⁸². La Commission interaméricaine a affirmé qu'il n'existe pas d'obligation forçant les États à présenter quelque communication que ce soit, pas plus que la *Convention américaine* ne dispose d'un droit individuel d'exiger que ce pouvoir discrétionnaire soit utilisé²⁸³. De plus, le simple fait qu'une personne qui subit une violation soit ressortissante d'un État partie à la *Convention américaine* ne suffit pas pour engager la responsabilité de cet État si les violations alléguées ne lui sont aucunement attribuables. La Commission s'exprime de façon non équivoque à ce sujet, dans l'*Affaire Saldaño* :

The Commission wishes to emphasize that neither the drafting history of the American Convention, nor the decisions of the Inter-American Court or this body, supports the proposition that state parties to the Convention assumed an obligation to protect their nationals against violations committed abroad by another state²⁸⁴.

L'obligation de l'État de garantir le libre et plein exercice des droits de la personne semble donc se circonscrire à la prévention, l'investigation et la sanction. Or, il y a plusieurs façons de s'acquitter de cette obligation. À la lecture de l'*Affaire Velásquez Rodríguez*, nous considérons que la tenue d'une véritable enquête publique impliquant une sanction pénale des violations commises semble suffire pour s'acquitter de cette obligation. Le « libre exercice » ne semble donc pas aller nécessairement jusqu'à exiger l'accès individuel à la réparation par le truchement d'un recours civil. Nous ajoutons toutefois du même souffle que, dans l'éventualité où les ayants cause de la victime auraient entamé un recours en réparation contre l'auteur individuel (si identifiable) ou l'État (si la violation initiale lui avait été imputable) devant les tribunaux internes, l'État pourrait être obligé sous

²⁸² *Affaire Saldaño, ibid.* Dans cette affaire, la demanderesse a soutenu que la non-utilisation de cette procédure a entraîné en l'espèce une violation du droit à la vie, du droit d'avoir un procès équitable et du droit à la protection judiciaire par l'État argentin. Le fils de la demanderesse, Victor Saldaño, avait été condamné à mort par la justice américaine et était détenu dans l'état du Texas. La demanderesse soutenait devant la Commission que le fait que l'Argentine, dont M. Saldaño était ressortissant, n'a jamais présenté de plainte à l'encontre des États-Unis invoquant leur responsabilité pour la violation de droits humains lors du procès criminel; elle argumenta que l'inaction de l'Argentine a engagé sa responsabilité face aux violations du droit à la vie, droit à un procès équitable et le droit à la protection judiciaire et de l'obligation de « respect et de garantie des droits sous la Convention » de l'article 1.1.

²⁸³ *Ibid.*, para. 30 et 33.

²⁸⁴ *Ibid.*, para. 22. Il est à noter que, pour qu'un État soit en mesure d'en poursuivre un autre suivant la procédure interétatique, une déclaration de reconnaissance de la compétence obligatoire de la commission est nécessaire.

l'article 1.1 de ne pas entraver l'exercice de ce recours, par la voie, par exemple d'application d'immunité juridictionnelle ou de lois d'amnistie. Nous considérons toutefois que cette obligation se lit beaucoup mieux dans l'article 25 de la *Convention américaine* qui garantit spécifiquement la protection judiciaire²⁸⁵. Nous nous attarderons à cette disposition dans les prochaines pages.

Pour l'instant, nous souhaitons pousser un peu plus loin notre réflexion sur l'obligation de garantie d'exercice du libre et plein exercice des droits de la personne sous le régime interaméricain, en regardant l'obligation homologue en droit international humanitaire. L'article 1 commun aux *Conventions de Genève* et l'article 1(1) PI disposent que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances ». Peut-on lire dans cette obligation de « faire respecter » une obligation de donner à toutes les victimes de violations du DIH l'accès à ses tribunaux internes? Des précautions doivent être prises face à une telle interprétation, puisqu'elle impliquerait que chaque État partie a l'obligation de donner aux victimes de violations du DIH l'accès à ses tribunaux internes, quel que soit l'endroit où s'est déroulé le conflit ou la nationalité de la victime et de l'agresseur. Or, il n'est nullement évident que cette finalité d'établissement d'une compétence civile universelle pour toute atteinte aux *Conventions de Genève* ait été envisagée au moment de leur rédaction.

À ce sujet, les *Commentaires du CICR* se bornent à dire que « si [un État] veut tenir son engagement solennel, il doit nécessairement assurer d'avance, c'est-à-dire dès le temps de paix, les moyens juridiques, matériels ou autres permettant, le moment venu, une application loyale »²⁸⁶ sans spécifier davantage en quoi consiste ces moyens. Le seul fait que des moyens autres que juridiques soient mentionnés nous indique que l'État peut s'engager dans plusieurs avenues différentes qui lui permettront de s'acquitter de son obligation en vertu de l'article 1 commun.

²⁸⁵ À cet effet, nous nous questionnons à savoir pourquoi l'article 25 de la *Convention américaine* garantissant la protection judiciaire n'a pas été invoqué dans l'*Affaire Velásquez Rodríguez*, *supra* note 273. Nous ne pouvons qu'y voir une inclusion implicite du droit à la protection judiciaire dans l'obligation des États de protéger les droits, ce qui est en accord avec les propos tenus par la Cour, au stade des objections préliminaires (*Affaire Velásquez-Rodríguez* (1994), objections préliminaires, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 1, au para. 91) dans le cadre d'une discussion sur l'épuisement des recours internes : « Under the Convention, States Parties have an obligation to provide effective judicial remedies to victims of human rights violations (Art. 25), remedies that must be substantiated in accordance with the rules of due process of law (Art. 8 (1)), all in keeping with the general obligation of such States to guarantee the free and full exercise of the rights recognized by the Convention to all persons subject to their jurisdiction (Art. 1) ».

²⁸⁶ *Commentaires du CICR CGIV*, *supra* note 4 à la p. 27.

De plus, le Guide du CICR à l'intention des Parlementaires ne traite pas d'accès à la justice pour les victimes comme étant une des mesures que les États peuvent adopter pour respecter et faire respecter le droit international humanitaire²⁸⁷. Dans ce guide qui propose sept règles que les États peuvent adopter, il est questions de la répression des violations du DIH et de la prise de mesure d'application pour assurer le respect du DIH. En ce qui a trait à la seconde mesure, elle vise plus la traduction et l'intégration des *Conventions de Genève* dans les codes et la doctrine militaire, l'identification du personnel sanitaire et l'adaptation des infrastructures. On peut donc difficilement y lire une exigence de garanties judiciaires pour les victimes : l'élément juridique ne semble être qu'une mesure d'application parmi d'autres. En ce qui a trait à la répression, elle se situe entièrement à l'intérieur d'un cadre juridique, mais ne semble adresser que l'aspect pénal. Il est question d'interdire et de réprimer les infractions graves, de rechercher et poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis ces graves infractions et d'appliquer le principe *aut dedere aut punire*, ce qui implique d'accorder aux autres États parties une entraide judiciaire. Certes, le contenu de ce guide ne constitue pas une preuve irréfutable de la portée de cette obligation du droit humanitaire, mais c'est un indice à ne pas négliger, dans l'examen de la portée de l'obligation de respecter et faire respecter les normes de droit international.

4.4.2.2 Le droit individuel à la protection judiciaire

L'obligation de protection judiciaire est clairement énoncée à l'article 25 de la *Convention américaine*:

Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destinés à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles.

Les États parties s'engagent:

- a) à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours;
- b) à accroître les possibilités de recours judiciaire;
- c) à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours

²⁸⁷ Guide à l'intention des parlementaires : Union interparlementaire et Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1999, en ligne : CICR <<http://www.cicr.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p1090?opendocument>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

L'obligation de protection judiciaire se matérialise uniquement après une violation de droits protégés et vise plus exactement l'accès au recours pour la victime. Que ce recours soit exercé ou non, cela revient au détenteur du droit. Mais il est du devoir de l'État de mettre en place une structure législative et judiciaire permettant d'entamer une action. Comme l'a précisé la Cour interaméricaine, la simple formulation d'un recours dans la Constitution ou les lois d'un État ne suffit pas. Pour s'acquitter de cette obligation de protection judiciaire, il est nécessaire que les conditions d'exercice de ce recours soient mises en place pour que celui-ci ne soit pas illusoire, bien qu'il existe sur papier²⁸⁸.

Dans l'*Affaire Ivcher Bronstein*²⁸⁹, il a été décidé par la Cour que le fait que des procédures judiciaires entreprises pour annuler une perte de nationalité (à la suite de la diffusion d'une émission télévisée dénonçant des exactions commises par l'armée péruvienne) aient été rejetées violait l'article 25. Cette conclusion a été fondée sur le fait que les instances judiciaires saisies en l'espèce n'étaient pas suffisamment impartiales et indépendantes, que les délais étaient trop longs et que le dépôt de plaintes au civil et au criminel contre le requérant et sa famille démontraient un déni de justice²⁹⁰. Une autre affaire mettant en cause le Pérou fait référence à l'article 25. Dans l'*Affaire Barrios Altos*²⁹¹, la responsabilité de l'État péruvien a été engagée pour violation du droit à la protection judiciaire à cause de la promulgation et l'application de lois d'amnistie. Ces lois entravaient les enquêtes menant à l'identification des individus responsables des violations, ce qui rendait impraticable l'accès à la vérité et à la réparation pour les victimes ou leurs ayants cause²⁹². L'*Affaire El Caracazo*²⁹³ a traité du massacre de 267 personnes durant la révolte populaire du 27 février 1989 commis par les forces de sécurité vénézuéliennes. Dans cette affaire, la violation de l'article 25 a été prononcée parce que l'accès aux documents nécessaires à la cause a été bloqué pendant plus de 10 ans, ce qui a eu comme conséquence pour les victimes et leurs ayants cause de ne pas être entendus dans un délai raisonnable et avec les garanties judiciaires nécessaires.

²⁸⁸ Voir par ex. *Constitutional Court case (Pérou)*, supra note 276, para. 89-90; *Judicial Guarantees in States of Emergency (Articles 27(2), 25 and 8 American Convention on Human Rights)* (1987), Avis consultatif OC-9/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 9, au para. 23 et *Affaire Ivcher Bronstein*, supra note 276.

²⁸⁹ *Affaire Ivcher Bronstein*, *ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*, para. 139-141.

²⁹¹ *Affaire Barrios Altos (Pérou)* (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 75 [*Affaire Barrios Altos*].

²⁹² *Ibid.*, para. 43.

²⁹³ *Affaire El Caracazo (Venezuela)* (1999), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 58 [*Affaire Caracazo*].

De la même façon, comme nous l'avons dit plus haut, les instances judiciaires de droit international des droits de la personne ne peuvent se prononcer que sur la réparation à l'encontre d'un État; il n'est donc pas question ici *a priori* de droit à un recours privé contre l'auteur individuel de la violation. Mais, dans les situations où la responsabilité étatique n'est pas retenue par les instances internationales ou régionales, ou lorsque la victime désire tout simplement utiliser les mécanismes judiciaires de droit interne, est-ce que l'on retrouve dans le régime de la protection du droit international public de protection des droits de la personne une obligation pour l'État de permettre un recours de nature civil directement contre l'auteur? Notre analyse du régime interaméricain ne nous a pas permis de répondre manifestement à cette question, ce qui nous fait plus pencher davantage vers la négative. Avant de nous prononcer formellement, il est donc opportun d'examiner, si ce n'est que brièvement, la situation dans les autres régimes de protection du droit international des droits de la personne, pour voir si nous n'y trouverions pas des pistes de réponse plus concluantes.

4.4.3 Les implications du droit d'accès à la réparation dans les autres régimes de protection du droit international des droits de la personne

Quoique nous désirions porter notre attention plutôt vers le système interaméricain dans le cadre de cet examen de ce que nous appelons « le droit d'accès à la réparation », nous souhaitons illustrer ici notre propos à l'aide d'exemples d'autres instruments de droit international.

4.4.3.1 Au sein du système des Nations Unies

Premièrement, nous avons vu plus haut que le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a reconnu le droit à l'indemnisation d'un particulier pour des atteintes à tous les droits protégés comme étant inclus dans le droit à un recours utile prévu à l'article 2(3)a) du PIDCP²⁹⁴. Le Comité a toutefois affirmé que le PIDCP ne dispose pas d'un droit individuel d'exiger d'un État partie au Pacte d'entamer des poursuites judiciaires criminelles contre un autre individu²⁹⁵. Il a aussi affirmé que les

²⁹⁴ Voir le chap. IV, article 1.2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

²⁹⁵ Voir par ex. le Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 275/1988 : Argentina*, 38^e sess., Doc. NU CCPR/C/38/D/275/1988 (1990), para. 5.5. Voir aussi Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 213/1986 : The Netherlands*, 35^e sess., Doc. NU CCPR/C/35/D/213/1986 (1989), para. 11.6.

États parties n'ont pas l'obligation de rendre accessibles les procédures se fondant sur le PIDCP si la cause est sans mérite (« unmeritorious »). Pour être recevables, les plaintes doivent être « sufficiently well-founded to be arguable under the Covenant »²⁹⁶. L'établissement de ce seuil vient donc poser une certaine limitation à l'obligation d'accès à la justice sous le PIDCP.

Deuxièmement, la *Convention contre la torture*²⁹⁷ dispose, elle aussi, d'un droit à la réparation et à l'indemnisation. L'article 14 se lit comme suit :

Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation.

Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales.

Selon la réserve émise par les États-Unis relativement à cet article, « l'article 14 fait obligation à l'État partie de garantir aux particuliers le droit d'exercer une action en dommages-intérêts uniquement à raison des actes de torture qui auraient été commis dans le territoire relevant de sa juridiction »²⁹⁸. Cette interprétation n'ayant jamais vraiment été remise en cause²⁹⁹, il peut donc sembler singulier que, lors de la 34^e session du Comité contre la torture des Nations Unies, au moment de l'examen des rapports déposés par le Canada, la question de savoir si la portée de l'obligation posée par l'article 14 allait jusqu'à obliger le Canada à donner accès à un recours civil pour les personnes qui ont subi des actes de torture dans un autre État, ait été soulevée³⁰⁰. Le Canada ayant répondu qu'il n'interprétait pas cette disposition comme impliquant cette obligation spécifique, le Comité s'est ensuite dit préoccupé par « l'absence de mesures effectives d'indemnisation au civil des victimes de

²⁹⁶ Voir par ex. le Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 1367/2005 : Australia*, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1367/2005 (2006); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 972/2001 : Cyprus*, 78^e sess., Doc. NU CCPR/C/78/D/972/2001 (2003); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 1036/2001 : Australia*, 85^e sess., Doc. NU CCPR/C/85/D/1036/2001 (2005); Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communication n° 1229/2003 : Italia*, 87^e sess., Doc. NU CCPR/C/87/D/1229/2003 (2006).

²⁹⁷ *Supra* note 21.

²⁹⁸ Texte intégral de la réserve, en ligne : Nations Unies, Collection des traités <http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/treaty12_asp_fr.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

²⁹⁹ Andrew Byrnes dans *Torture as Tort* (2001) à la p. 544, n 18, tel que cité dans *Jones v. Ministry of Interior* [2006] UKHL 26, para. 57 (Lord Hoffman) [*Affaire Jones*].

³⁰⁰ Voir Service international pour les droits de l'homme / International Services for Human Rights (SIDH / ISHR), Committee against Torture, 34th Session (Geneva, 2 to 21 May 2005), aux p. 6 et 7, en ligne : <www.ishr.ch/hrm/tmb/treaty/cat/reports/CAT_34.pdf> (document téléchargé le 1^{er} juin 2007). Voir aussi l'*Affaire Jones*, *ibid.*, aux para. 56 et 57.

torture dans toutes les affaires » et a recommandé que le Canada « revoie sa position concernant l'article 14 de la Convention en vue d'assurer l'indemnisation par la juridiction civile de toutes les victimes de torture »³⁰¹. Quoique cette interprétation de la portée de l'obligation posée par l'article 14 de la *Convention contre la torture* fût durement questionnée³⁰², elle nous confirme toutefois une piste des plus intéressantes pour le présent mémoire : personne ne semble questionner que le droit à la réparation et à l'indemnisation prévu à l'article 14 vise le droit au recours privé, que ce soit contre l'État ou l'auteur individuel. La déclaration liminaire faite par le Canada lors de la présentation de leurs rapports au Comité contre la torture va en ce sens :

[... L]e Canada est préoccupé par le problème de la torture en général, et il est préoccupé par un certain nombre de cas de Canadiens ou d'immigrants au Canada qui allèguent avoir subi des actes de torture à l'étranger. Ces cas ont soulevé une grande préoccupation dans le public canadien. Des ONG ont soulevé auprès du gouvernement canadien l'incapacité pour ces individus ou les membres de leur famille d'obtenir réparation civile des auteurs des actes de torture ou des États responsables. Les principes, établis de longue date, en matière d'immunité des États à l'égard des recours civils, affirmés récemment dans la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens limitent la capacité des victimes de poursuivre en dommages. La jurisprudence récente au Royaume-Uni suggère que des individus pourraient être poursuivis pour des actes de torture commis. Bien que nous ne prétendions pas avoir trouvé la solution, cette question des recours civils mérite l'attention de la communauté internationale et devrait être examinée par celle-ci, considérant qu'une approche multilatérale est préférable. Les opinions que le Comité pourrait souhaiter exprimer sur cette question seraient d'une grande assistance au Canada et autres nations aux prises avec cette situation difficile [notre soulignement]³⁰³.

Dans la limite où l'État dans lequel est intenté le recours est le même que celui qui avait juridiction sur le territoire où la violation a été commise, la *Convention contre la torture* semble donc, dans l'état actuel du droit, protéger l'exercice du recours privé en réparation. Il reste possible que,

³⁰¹ *Examen des rapports présentés par les États partie en application de l'article 19 de la Convention, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture: Canada*, Doc. Off. CAT NU, 31^e sess., Doc. NU CAT/C/CR/34/CAN (2005), aux pp. 3 et 4. Version française en ligne : Patrimoine canadien, Programme des droits de la personne <http://www.pch.gc.ca/progs/pdp-hrp/docs/cat/consideration_f.cfm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

³⁰² À preuve, le commentaire du Lord Hoffman dans l'*Affaire Jones*, *supra* note 299, para. 57 *in fine* : « Quite why Canada was singled out for this treatment is unclear, but as an interpretation of article 14 or a statement of international law, I regard it as having no value. The nearest approach to reasoning in support of the committee's opinion is a remark of Ms Gaer in the course of discussion (Committee Against Torture, 34th session, Summary of Record of 646th Meeting, 6 May 2005 (CAT/C/SR.646/Add1)), when she said (at para 63) that "given that there was an exception to State immunity in legislation for business deals, it seemed unclear why an exception could not be considered for torture." The short answer is that an exception for acts jure gestionis is recognised by international law and an exception for torture is neither recognised by international law nor required by article 14. Whether it should be is another matter. The committee has no legislative powers ».

³⁰³ Gouvernement du Canada, « Présentation des 4^e et 5^e rapports du Canada, Comité contre la torture, Déclaration liminaire » Mai 2005 en ligne : Patrimoine canadien, Programme des droits de l'homme : <http://www.pch.gc.ca/progs/pdp-hrp/docs/cat/2005/discourse_speech_f.cfm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

pour les actions civiles en réparation se fondant sur la *Convention contre la torture*, la théorie de l'immunité étatique soit opposable en matière civile³⁰⁴, mais il semble assez clair que l'accès à la réparation potentielle contre l'auteur (étatique ou individuel) de la violation soit protégé par la Convention.

4.4.3.2 Au sein du système européen

L'article 13 de la *Convention européenne* prévoit le droit au recours effectif et se lit comme suit :

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Le recours dont il est question dans cette disposition n'a pas forcément à être juridictionnel. En effet, il n'est pas nécessaire que la victime ait accès à une institution judiciaire à strictement parler pour que l'État s'acquitte de son obligation au sens de l'article 13. Il reste toutefois important que les pouvoirs de l'organe décisionnel saisi offrent des garanties procédurales suffisantes pour que le recours soit qualifié d'effectif³⁰⁵. Le respect de cette obligation ne dépend pas non plus de la certitude d'un résultat favorable au requérant³⁰⁶. C'est évidemment l'accès au recours qui doit être garanti, pas l'obtention d'un jugement en faveur du demandeur.

Il semble toutefois que cette disposition oblige les États parties à offrir une voie de recours civile pour les actes constituant des violations de la *Convention européenne*, ce qui est un pas énorme vers un véritable accès à la réparation. C'est le raisonnement tenu par la Cour européenne dans

³⁰⁴ L'exception à l'immunité étatique en matière criminelle peut se lire dans l'article 5(2) de la Convention (« Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article »); il n'existe toutefois pas de pendant en matière civile. Voir aussi l'*Affaire Jones*, *supra* note 299, para. 46.

³⁰⁵ Voir *Klass c. Allemagne* (1978), 28 Cour Eur. D.H. (Sér. A), para. 67. Voir aussi *Golder c. Royaume-Uni* (1975), 18 Cour Eur. D.H. (Sér. A) à la p. 16, para. 33 *in fine*, en ligne : Portail de la Cour européenne base de données HUDOC <<http://cmiskp.echr.coe.int>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Affaire Golder*].

³⁰⁶ Voir l'*Arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* (1976), 20 Cour Eur. D.H. (Sér. A) 18, para. 50, en ligne : Portail de la Cour européenne base de données HUDOC <<http://cmiskp.echr.coe.int>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

l'*Affaire Al-Adsani*³⁰⁷ qui nous fait tendre vers cette conclusion. Cette affaire a été amenée devant la Cour européenne après que le requérant, possédant la double nationalité koweïtienne et britannique, a assigné en Angleterre un Cheik apparenté à l'émir du Koweït ainsi que l'État du Koweït en dommages-intérêts pour atteinte à son intégrité physique et mentale causée par les tortures qu'il avait subies au Koweït en mai 1991 et les menaces qui avaient pesé sur sa vie et son bien-être après son retour au Royaume-Uni le 17 mai 1991. La requête devant la Cour européenne était toutefois contre le Royaume-Uni. Or, toutes les parties dans cette affaire s'accordaient pour dire que le Royaume-Uni n'avait aucun lien avec les actes de torture allégués. Dans ce contexte, la Cour européenne a conclu que l'État britannique n'était pas tenu par la *Convention européenne* d'offrir à M. Al-Adsani un recours en dommages-intérêts: la lecture de l'article 3 (interdisant la torture) combiné aux articles 1 et 13 (droit au recours effectif) n'a pas permis d'en arriver à la conclusion que le Royaume-Uni avait failli à son obligation de lui reconnaître le droit de ne pas être soumis à la torture, comme en témoigne cet extrait de l'arrêt :

Le requérant ne prétend pas que les actes de torture qu'il aurait subis aient été perpétrés dans la juridiction du Royaume-Uni ou que les autorités britanniques aient un lien de causalité avec eux. Dans ces conditions, on ne saurait dire que la Haute Partie contractante était tenue de lui offrir une voie de recours civile pour les tortures que les autorités koweïtiennes lui auraient infligées³⁰⁸.

Cela nous incite à dire *a contrario* que les États parties à la *Convention européenne* pouvaient être dans l'obligation d'offrir une voie de recours civile, mais uniquement lorsque ce même État contribue à la commission du traitement interdit. Sans cette contribution, l'obligation étatique ne semble pas exister. Comme nous l'a appris l'*Affaire Soering*, un État peut engager sa responsabilité pour atteintes aux droits protégés s'il accepte de soumettre un individu à un « risque réel » d'être soumis à un traitement contraire à la *Convention européenne*³⁰⁹. Par actions indirectes, telles qu'un renvoi ou une extradition, un État peut donc se voir imputer des actes violant les droits de la personne sans qu'un de ses agents ait même posé l'acte allégué. Sa simple contribution à la commission de l'acte par l'exercice de son pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire peut suffire à le rendre responsable, s'il existait des motifs objectifs sérieux et avérés que la violation aurait lieu. Il serait possible que, dans ce contexte, l'impossibilité d'avoir accès à un recours civil contre l'auteur (individuel ou étatique) constitue une violation de la Convention, mais il nous semble essentiel qu'il y ait, par ce geste, une contribution à la commission de l'infraction.

³⁰⁷ *Al-Adsani c. Royaume-Uni* (2002), 34 EHRR 273 [*Affaire Al-Adsani*].

³⁰⁸ *Ibid.*, para. 40.

³⁰⁹ *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161 Cour Eur. D.H. (Sér. A), para. 91.

4.4.3.3 Conclusion

L'analyse succincte de la jurisprudence des systèmes régionaux au sujet de l'accès à la réparation potentielle tend vers une démonstration importante: l'imputabilité des violations alléguées à l'État dont la responsabilité est invoquée semble constituer un élément incontournable, sans toutefois qu'il soit nécessaire que la violation ait été commise directement par l'État ou un de ces agents. La contribution à la commission semble rester toutefois un élément de preuve incontournable. Le droit au recours est intrinsèquement lié au respect des autres obligations: un droit à un recours civil, possiblement, mais lorsque l'État aurait contribué à la commission du traitement interdit. Il reste toutefois difficile de tirer une conclusion définitive.

Une autre piste de réflexion serait d'analyser dans quelle mesure le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial, prévu dans la grande majorité des conventions de protection du droit international des droits de la personne, constitue une piste intéressante pour fonder l'obligation des États parties de donner accès aux tribunaux de droit commun pour permettre aux victimes d'obtenir réparation de la part de l'auteur de la violation alléguée. En effet, les articles 8(1) de la *Convention américaine* et 6(1) de la *Convention européenne* prévoient tous deux que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial qui statuera sur les droits et obligations en matière civile. L'action en réparation ou en dommages-intérêts tomberait justement dans l'un des types de recours judiciaires prévus ci-dessus. Nous ne nous sommes toutefois pas attardés plus amplement sur l'étude de la portée du droit à ce type de garanties judiciaires, puisque ce droit ne semble pas viser spécifiquement les droits protégés par le droit international des droits de la personne. Il semble s'agir plutôt d'une « conventionnalisation » du principe fondamental de droit universellement reconnu qu'est le fait qu'une contestation civile doit pouvoir être portée devant une instance judiciaire impartiale et indépendante³¹⁰. Le pas à franchir jusqu'au droit des victimes de violations du droit international humanitaire d'avoir un accès à la réparation semble trop grand pour que nous puissions y procéder dans le cadre de ce mémoire. Il s'agit toutefois d'une autre avenue qui mériterait d'être explorée dans un autre contexte.

³¹⁰ Voir l'*Affaire Golder*, *supra* note 305, para. 35.

CHAPITRE V

AUTRES CONSIDÉRATIONS RELATIVES À L'EXERCICE EFFECTIF DU RECOURS PAR LES VICTIMES

La présente section se veut un complément que nous considérons essentiel au reste du mémoire, qui consiste principalement en une étude des mécanismes relevant du DIP. Il est fondamental pour nous de porter à l'attention du lecteur que ce régime juridique n'existe pas en vase clos, surtout lorsque l'on se situe dans la perspective de la victime individuelle. Nous désirons donc jeter un éclairage complet sur la situation de la victime de violations du DIH qui tente d'obtenir réparation (principalement contre l'auteur individuel) en soulignant une série de limitations que rencontre la victime lorsqu'elle exerce un recours. En effet, il existe plusieurs restrictions qui ne relèvent pas nécessairement du DIP³¹¹ et qui peuvent empêcher la victime d'accéder à la réparation, principalement dans le cadre d'un recours de nature domestique. Il est donc primordial de mentionner ces limitations, en les considérant sous la perspective de la victime, pour faire de ce mémoire une œuvre utile qui fait le pont si peu souvent jeté entre la théorie et la pratique. Nous sommes toutefois conscients que notre volonté de jeter la lumière la plus complète possible sur la question de la place de l'individu dans le DIH sous l'angle de la réparation doit se manifester de façon assez succincte. En effet, les considérations dont nous ferons mention dans les prochaines pages pourraient en soi faire l'objet d'un deuxième mémoire. Nous ne prétendons donc aucunement à une analyse de ces limitations aussi exhaustive que celle à laquelle nous avons procédé pour les chapitres précédents. Nous ne pouvons toutefois pas omettre d'en faire mention : cela est essentiel pour analyser véritablement comment se traduit en pratique le droit international aux parquets de justice et dans la vie quotidienne des individus.

³¹¹ Voir le chap. II, para. 2.2.1, ci-dessus, pour l'analyse des jurisprudences nationales dans lesquelles la non applicabilité directe des normes de DIH en droit interne et les divers démembrements de la théorie de l'immunité diplomatique et étatique ont constitué des obstacles majeurs.

Au surplus, ces considérations prennent une importance capitale lorsque les victimes de violations de DIH tentent d'obtenir réparation directement à l'encontre de l'auteur de la violation. En effet, si nous désirons accorder une attention particulière au droit interne dans une étude qui se situe principalement dans le domaine du droit humanitaire, c'est parce que le recours en responsabilité civile (ou le « Tort Liability ») semble *a priori* être la voie la plus fonctionnellement liée au rétablissement du patrimoine d'une victime, ce rétablissement constituant une forme de réparation des plus répandues. Or, à la lumière des conclusions précédentes peu favorables au recours individuel en réparation en vertu du DIP contre un individu, l'action domestique se fondant sur la responsabilité civile est le véhicule qui permettrait à la victime d'engager la responsabilité individuelle de l'auteur de la violation.

Dans la conception classique du droit interne étatique, l'individu est, la plupart du temps, le principal sujet de droit. Si ce dernier subit une atteinte ou commet une faute, c'est tout d'abord aux règles de droit interne qu'il se réfèrera. La question peut être relativement simple lorsque l'acte fautif ayant causé des dommages découle d'une obligation contractuelle régie entièrement par les normes juridiques d'un système étatique ou lorsque tous les éléments donnant ouverture à réparation n'impliquent que des parties privées et se situent à l'intérieur d'un seul et même territoire. La situation se complexifie toutefois lorsque entrent en ligne de compte des éléments d'extranéité, comme les situations de conflits armés. Cette extranéité complexifie le contexte juridique et augmente les obstacles qui se posent à l'exercice des recours de droit interne. Le recours aux mécanismes prévus par le droit privé reste toutefois une façon d'imputer la responsabilité et d'obtenir réparation. La transgression d'une norme juridique peut souvent constituer une faute, c'est-à-dire un acte qui s'écarte du comportement qu'aurait une personne normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances, ce qui peut engager la responsabilité de cette personne. Lorsque la norme émane du DIH, il y a lieu de se poser une question fort importante : est-ce que l'application d'un système juridique posant principalement, voire presque exclusivement, des droits et des obligations à des entités collectives³¹² transforme la nature juridique du litige? En d'autres mots, dans quelle mesure le fait qu'un acte ou une omission ayant causé préjudice à un individu l'ait été lors d'un conflit armé influence la possibilité d'un litige d'ordre privé? Nous tenterons de répondre en partie à cette question dans ces dernières pages, en évoquant quels sont les limitations et les obstacles qui se posent lorsqu'une personne cherche à obtenir réparation (principalement en ayant recours au régime de responsabilité civile), pour permettre au lecteur d'obtenir une vision complète de la situation où le droit international public et le droit privé se rencontre et interagit réellement.

³¹² Le DIH s'applique à toutes les parties aux conflits, ce qui vise les États mais aussi, dans les conflits armés non internationaux, les groupes armés non étatiques : art. 3 commun aux *Conventions de Genève*.

Le fil conducteur de cette dernière section est d'évoquer des facteurs supplémentaires qui limitent l'exercice du recours individuel et qui peuvent être présentés devant des tribunaux domestiques. Chacun des éléments mentionnés doit être perçu comme une variable additionnelle à considérer lorsque l'on tente d'articuler et de mettre en œuvre un droit à la réparation dans le contexte précis du présent ouvrage. Nous débiterons en mentionnant certaines limitations générales qui impactent particulièrement les victimes de violations du droit international humanitaire. Ensuite, nous aborderons les particularités des systèmes nationaux de tradition de Common Law et de tradition civiliste, tout simplement pour relier de façon la plus concrète possible les différentes limitations que rencontrent les victimes dans leur quête de réparation.

5.1 La non-considération des circonstances particulières vécues par la demanderesse-victime³¹³

Un des premiers problèmes que tout justiciable rencontre dans sa quête de justice est la difficulté de se prévaloir de la protection des tribunaux. Même si la *Déclaration Universelle des droits de l'Homme* consacre le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique³¹⁴, force est de constater qu'il peut être laborieux pour le particulier de trouver de réelles solutions dans le système judiciaire, en raison de limitations financières (frais d'expertise, frais judiciaires, honoraires professionnels, etc.)³¹⁵, mais aussi à cause de la complexité des démarches, d'une méconnaissance du droit et de l'insuffisance dans les procédures d'accompagnement et d'orientation. On peut classer ces éléments sous la catégorie générale des problèmes reliés à l'accès à la justice.

Le terme « accès à la justice » a été consacré au courant des années 1970, entre autres par le « Florence Access-to-justice Project » mené par Cappelletti et Garth³¹⁶. Quoiqu'une définition

³¹³ Plusieurs des considérations reliées à la problématique de l'accès à la justice ont été inspirées de la Partie I « La problématique de l'accès à la justice pour les populations vulnérables » du Chapitre 3 « Les populations vulnérables face à la justice » du Rapport d'évaluation de Global Rights, *S.O.S Justice*, août 2005, en ligne : Global Rights <http://www.globalrights.org/site/PageServer?pagename=www_afr_sosjustice> (page visitée le 1^{er} août 2007) [*Rapport S.O.S Justice*].

³¹⁴ DUDH, *supra* note 210, art. 6.

³¹⁵ L'obstacle qu'est la nature prohibitive des coûts reliés aux procédures judiciaires peut être palliée par l'attribution d'une aide juridique étatique, qui se traduit par le soutien financier et, la plupart du temps, par l'offre de services d'un avocat à titre de représentant légal. Toutefois, les critères d'admissibilité sont souvent si restrictifs qu'une partie de la population vivant dans la pauvreté ne peut bénéficier de ces services et cela, sans considérer que dans certains États, l'aide juridique n'est pas une institution existante.

³¹⁶ Mauro Cappelletti et Bryant Garth, *Access to justice: A World survey*, Alphen aan den Rijn / Milan, Sijthoff & Noordhoff / Guiffre, 1978.

uniforme de ce terme est encore difficile à cerner³¹⁷, nous faisons nôtre celle qui implique un accès rapide à des services juridiques et aux institutions judiciaires. Allant dans le même sens, voici la définition qu'offre le Conseil de l'État de Washington sur l'accès la justice dans son *Affirmation de principes* :

Access to justice requires an opportunity for meaningful participation and deliberation whenever legal needs, rights, and responsibilities are affected. Legal issues must be adequately understood, presented, and dealt with in a timely, fair, and impartial manner³¹⁸.

Pour les victimes de violations du DIH, des problèmes spécifiques font surface. Au niveau international, nous avons vu plus haut que la CPI a mis sur pied des procédures particulières considérant les besoins des victimes de violations ayant donné lieu à des mises en accusation³¹⁹. La majorité des tribunaux internes n'ont pas ce type de procédures. En effet, lorsque les tribunaux domestiques sont saisis de litiges interpersonnels de nature privée, il ne s'agit habituellement pas de situations qui impliquent des violations des droits humanitaires. Le traumatisme vécu par la victime, la difficulté à relater les faits et la peur d'être confronté à son agresseur durant les procédures ne sont pas particulièrement adressés par les systèmes judiciaires nationaux. L'affirmation faite par le Dr. Becker par rapport à l'absence, il y a plusieurs années, de prise en considération par les organismes d'aide humanitaire de la souffrance psychologique vécues par les victimes³²⁰ se transpose donc bien dans l'arène judiciaire pour qualifier l'attitude de certains tribunaux qui doivent trancher dans des affaires impliquant ces victimes.

Si la victime désire intenter une action devant les tribunaux de l'État où se sont déroulées les violations, plus d'obstacles se dressent devant elle. Les institutions judiciaires peuvent avoir été détruites lors du conflit ou ne pas exister en nombre suffisant sur le territoire. En outre, le fait que les tribunaux soient éloignés géographiquement a pour conséquence que les victimes doivent parcourir de longues distances pour s'y rendre. Cet élément peut être un facteur de démotivation très lourd, puisque

³¹⁷ Voir le Barreau du Haut-Canada, Policy Secretariat « Access to Justice Committee, », 28 juin 2002 aux pp. 3 à 8 (definition of access to justice), en ligne : <http://www.lsuc.on.ca/media/convjune02_accjust.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

³¹⁸ Le *Washington State Access to Justice Board* a été établi par le *Supreme Court* de l'État de Washington à la demande de l'Association du Barreau du même État : « Statement of Principles and Goals of the Access to Justice Board », en ligne <<http://www.wsba.org/atj/board/statementprngoals.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

³¹⁹ Voir le chap. 1, article 1.2, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

³²⁰ David Becker, *Dealing with the Consequences of Organized Violence in Trauma Work*, Berghof Research Center for Constructive Conflict Management en ligne, Office of Psychological Issues <<http://www.opsiconsult.com/publications/Chapter%20Becker%20Berghof.pdf>> (document téléchargé le 1^{er} août 2007): « Until recently, help has focused on material goods and general economic development. What people feel within the context of political and social destruction seemed to be of little interest – at best, it was an issue for religion : at worst, it was a luxury to be dealt with once the “real” problems had been solved ».

dans des pays ayant subi des conflits armés, les moyens de transport sont souvent limités et les distances doivent être parcourues à pied, et ce, à travers des endroits peu sécuritaires³²¹. De plus, le problème de l'absence de tribunaux véritablement indépendants peut mettre en péril l'accès à la justice. En effet, dans un processus parfois embryonnaire de reconstruction, les réformes du système judiciaire peuvent prendre beaucoup de temps à rendre des décisions, limitant par le fait même l'accès à la justice. Si le système judiciaire est le moins fonctionnel, il est possible que le justiciable n'ait pas confiance en celui-ci, par crainte — fondée ou non — de corruption, de manque d'indépendance ou de partialité envers les accusés ou contre des victimes. En outre, l'insécurité vécue par les victimes qui se trouvent encore sur le territoire du pays où les violations ont eu lieu est très présente. En RDC, les auteurs de violations semblent souvent être ceux qui contrôlent militairement et qui vivent dans les zones où les victimes vivent :

Ces individus, après avoir violé, pillent les maisons et menacent souvent de revenir. Parfois, ils s'installent sur place. L'insécurité et les tracasseries empêchent les victimes de se rendre aux lieux éloignés où se trouvent les juridictions, même quand elles le souhaitent. [...] Si malgré tout la victime parvient à saisir la justice, elle ne dispose d'aucun moyen de protection contre ses bourreaux d'autant plus qu'elle doit rentrer dans son village pendant et après la fin du procès. Il n'est pas rare qu'il y ait des cas de représailles dans certaines affaires³²².

De façon générale, on peut affirmer que, dans les pays se sortant d'un conflit armé, l'équilibre entre la vérité, la justice et la réconciliation reste toujours problématique. Comme l'on rapporté Kelly et Fitzduff dans une étude conjointe entre l'Université d'Ulster et les Nations Unies, la peur de l'instabilité politique est une des causes d'échec dans la poursuite de justice pour des violences passées³²³. Les multiples défis de la reconstruction et de la réconciliation rendent donc difficile l'accès même à la justice.

Lorsque la victime entame une procédure dans un État différent de celui où a eu lieu la violation, les défis sont aussi de taille. La personne étant potentiellement retirée de son environnement d'origine, elle peut éprouver des difficultés à comprendre la langue utilisée par le tribunal. Plus encore, elle peut avoir des difficultés accrues à comprendre le système juridique avec lequel elle interagit, dans la façon de présenter son dossier ou dans le rôle que joue la partie demanderesse, par exemple. Il est

³²¹ Voir le *Rapport S.O.S. Justice*, *supra* note 313 aux pp. 117 et s., pour une analyse de la situation en République démocratique du Congo.

³²² *Ibid.* aux pp. 119 et 120.

³²³ Gráinne Kelly et Mari Fitzduff, *Government Strategies on Victims in Post-Conflict Societies*, UNU/INCORE University of Ulster/United Nations University, 2002 à la p. 3 en ligne <http://www.incure.ulst.ac.uk/publications/pdf/Government_Strategies.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

aussi fort possible qu'elle ait peur pour sa sécurité et celle de ses proches, même éloignée du lieu de la commission des violations; elle peut dès lors avoir besoin d'un soutien psychologique que le tribunal n'offre pas, puisque sa « réalité judiciaire » ne correspond pas à celle de la majorité. Cette non-considération des circonstances particulières vient donc se dresser contre la victime dans sa volonté d'entreprendre un recours civil à l'encontre de son agresseur. Bien sûr, il existe des organismes de la société civile qui assistent, guident et accompagnent les victimes qui désirent s'engager dans ce chemin. Mais reste que la réalité des tribunaux internes n'est pas adaptée à leur situation. Que ce soit le choc culturel et la différence entre les systèmes juridiques qui se transposent dans la conduite des procédures judiciaires ou le problème de la langue dans laquelle se déroule les procédures, toutes les difficultés que doivent surmonter les ressortissants étrangers dans leur vie quotidienne hors de leur État d'origine sont transposées, parfois même exacerbées, lors d'une procédure judiciaire. Le pas que doit franchir le justiciable pour avoir accès prétoire, chez elle ou ailleurs, est donc déjà considérable et il faut garder à l'esprit que plusieurs victimes ne le franchiront pas.

5.2 Aucune garantie de procédure contradictoire

Dans tout type de poursuite judiciaire, la procédure oppose deux parties, chacune d'entre elles présentant ses arguments et répondant à ceux qui sont présentés par l'adversaire. Le juge, « la bouche qui prononce les paroles de la loi » comme l'a déjà qualifié Montesquieu, agit comme intermédiaire neutre qui applique les règles de droit aux faits qui lui sont présentés. C'est là l'essence d'une procédure contradictoire, dont le but est de permettre aux deux parties opposées de se faire entendre et d'établir ensemble un dialogue. En théorie, cette procédure existe en droit pénal comme en droit civil, à la seule différence qu'en matière pénale, l'une des parties est l'État qui est représenté par un de ses agents³²⁴. L'établissement de ce dialogue entre les parties peut toutefois être relativisé par les possibilités pour les tribunaux de rendre des jugements par défaut, c'est-à-dire en l'absence de l'accusé ou de la partie défenderesse.

En matière pénale, la condamnation par contumace existe dans certaines juridictions de droit civil, telles qu'en droit français, belge et italien, ainsi qu'en Common Law, en droit américain et britannique, par exemple. Ce type de législation a toutefois soulevé des questionnements, plus précisément quant à leur compatibilité avec le droit international des droits de la personne. En effet, la

³²⁴ À noter ici que la constitution d'une partie civile, dont nous discuterons en détail plus loin (chap. V, para. 5.7.2), permet une implication de la victime dans les procédures pénales.

Cour européenne a demandé en 2004 à l'Italie de modifier sa législation sur la contumace. Cette procédure a été jugée inéquitable en raison du fait qu'elle ne permet pas à une personne condamnée par défaut de bénéficier d'un nouveau procès³²⁵. La condamnation en l'absence de l'accusé se veut donc une mesure qui n'est pas utilisée sur une base régulière par les tribunaux domestiques. Pour garantir la présence de l'accusé lors de son procès, celui-ci peut être détenu, lorsque des conditions précises sont réunies. Il s'agit ici aussi d'un mécanisme d'application exceptionnelle³²⁶. Lorsqu'il est mis en œuvre, cela apporte un double avantage à la victime : cela lui assure la sécurité, sachant que la liberté de circulation de l'auteur allégué de l'infraction a été limitée tout en lui garantissant que l'accusé sera présent lors du procès.

Les motifs justifiant la détention préventive en matière pénale ne peuvent toutefois pas être invoqués en droit civil, ou plutôt ils ne trouvent pas d'application, même si dans les affaires impliquant des violations des droits humains, la sécurité du demandeur ou le risque de fuite peuvent entrer en jeu. La présence du défendeur lors du procès civil ne peut généralement pas être garantie par des mécanismes coercitifs. Ceci a pour conséquences de limiter l'aspect contradictoire des procédures dans le cadre de recours civils, la principale raison étant que le juge peut prononcer jugement en l'absence de représentation de la partie défenderesse. Par exemple, au Québec, si le défendeur n'a pas comparu dans les 10 jours à compter de la signification de la requête introductive d'instance, le demandeur peut inscrire la cause pour jugement par défaut³²⁷. Dans plusieurs pays, il est donc possible pour le défendeur d'être absent du pays dans lequel il est poursuivi sans enfreindre aucune règle régissant les

³²⁵ *Sejdovic c. Italie* (2006), n° 56581/00 Cour Eur. D.H., para. 82 : « Si une procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en soi incompatible avec l'article 6 de la Convention, il demeure néanmoins qu'un déni de justice est constitué lorsqu'un individu condamné in absentia ne peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit, alors qu'il n'est pas établi qu'il a renoncé à son droit de comparaître et de se défendre, ou qu'il a eu l'intention de se soustraire à la justice » [références à la jurisprudence omises].

³²⁶ La détention avant procès reste toutefois une mesure extraordinaire. Par exemple, en droit canadien, en application de l'article 11 e) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, le droit de l'inculpé de ne pas être privé sans juste cause d'une mise en liberté assortie d'un cautionnement raisonnable peut être limité. La détention avant procès peut être prononcée pour assurer la présence du prévenu au tribunal, lorsque le juge de paix considère que c'est nécessaire pour la protection et la sécurité du public (probabilité de la commission d'une infraction criminelle ou nuisance à l'administration publique) ou pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice : voir le *Code de procédure pénale canadien*, L.R.C. 1985, c. C-25.1, art. 515(10).

³²⁷ *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25, art. 192 [C.p.c.]. Voir aussi l'art. 94.6 C.p.c. : « Une cause ne peut être inscrite pour jugement par défaut contre le procureur général avant l'expiration de 30 jours suivant l'expiration du délai fixé pour comparaître ».

procédures civiles³²⁸. Si certains semblent dire que l'obligation de la présence de l'accusé lors de poursuites pénales est un obstacle³²⁹, nous croyons, comme B. van Schaak³³⁰, que les procédures menant à des jugements par défaut nient l'opportunité du demandeur de faire face à son agresseur et de recevoir un jugement complet dans lequel le juge articule clairement le droit applicable à la situation factuelle devant lui.

5.3 L'obstacle posé par les déclarations d'amnistie³³¹

How can governments forgive crimes committed by some against others? The power to forgive, forget or overlook in the cases of genocide, crimes against humanity, war crimes and torture, is not that of the governments, but of the victims³³².

L'amnistie, c'est le pardon qu'offre un État, dans l'intérêt public, aux personnes ayant commis des crimes; c'est parfois une impunité *de jure*³³³. Déclarer une amnistie, c'est donner une chance à la nation tout entière de tourner la page, de réconcilier les opposants et de bâtir ensemble un avenir plus fort, s'éloignant des clivages qui ont amenuisé le pays auparavant. Soulignons, sans étudier en profondeur la question, que la légalité même des déclarations d'amnisties peut poser problème. En effet, les lois qui prévoient des exceptions à l'amnistie pour certains actes peuvent venir mettre en péril

³²⁸ Ce fut le cas aux États-Unis dans les affaires *Martinez-Baca v. Suarez-Mason*, [1988] U.S. Dist. LEXIS 19470 (N.D. Cal. 1988) et *Mehinovic v. Vukovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002) dans lesquelles des dommages ont été accordés par la Cour sans que les défendeurs n'aient été présents lors du procès.

³²⁹ Rapport Human Rights Watch, « Universal Jurisdiction in Europe The State of the Art » vol. 18, n° 5(D), juin 2006 à la p. 28, en ligne : <<http://hrw.org/reports/2006/ij0606/>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [Rapport HRW UJ].

³³⁰ van Schaak, « In Defense », *supra* note 159 à la p. 170.

³³¹ Voir Gattini, « To What Extent », *supra* note 98 à la p. 349, note 1, pour une série d'articles traitant de la question de la relation entre les déclarations d'amnistie et la sanction des responsables de violations des droits fondamentaux.

³³² Cristina Pellandini, *National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems)* — *Report of the Meeting on Experts*, Genève, CICR, 1997 à la p. 43.

³³³ Quoiqu'il s'agisse d'une expression controversée, elle est utilisée, entre autres, par divers organes des Nations Unies. Voir par ex. Rapport du comité contre la torture, Doc. off. AG NU, 54^e sess., suppl. n° 44, Doc. NU A/54/44, para.35-52 21^e session; Comité contre la torture, *Compte rendu analytique de la première partie (publique) de la 340^e séance* : Doc. off. CAT NU, 1998, Doc., NU. CAT/C/SR.340, para. 38. Voir aussi Alejandro Artucio, « Impunity of Perpetrators » dans *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht, 1992, 182 à la p. 187, en ligne : Université d'Utrecht <<http://www.uu.nl/content/12-17.pdf>> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [Artucio].

l'égalité des citoyens devant la loi. Par exemple, la *Loi d'Amnistie générale n°84/91* du 26 août 1991 adoptée par l'État libanais est perçue par certains comme étant discriminatoire au détriment des civils, de par le fait que seulement les crimes contre les personnalités sont punis³³⁴. En outre, la loi d'amnistie prononcée au Salvador a été considérée comme violant les obligations internationales par la Commission interaméricaine des droits de l'homme³³⁵. En Afrique du Sud, un comité a été mis sur pied pour procéder à l'examen des fondements juridiques du processus d'amnistie³³⁶. Pour leurs parts, les « *leyes de amarre* », (les lois d'amnistie chiliennes), ont posé des obstacles majeurs au remplacement des anciennes structures administratives. Pour continuer de s'engager dans le chemin de l'État de droit, le gouvernement chilien a dû mettre sur pied, dans les années 1990, une Commission, puis une Corporation nationale temporaire de vérité et réconciliation³³⁷.

Une victime qui entame un recours privé contre son bourreau pour un acte frappé d'amnistie peut se voir opposer l'extinction de son droit d'action. En effet, s'il est possible que l'amnistie ne vise pas les recours civils³³⁸, certaines lois prévoient expressément l'abrogation de la responsabilité des auteurs de violations visées par la loi, autant en matière pénale qu'en matière civile. C'est, par exemple, un des effets de la Loi d'amnistie en Afrique du Sud. En effet, cette loi a eu pour effet d'accorder l'immunité pour tout acte ou omission associé à un objectif politique et commis au cours des « *conflits du passé* », dans la mesure où la personne amnistiée a dévoilé tous les faits pertinents. L'amnistie s'applique aux poursuites futures et à toutes celles déjà entamées. Par contre, si l'amnistie

³³⁴ La *Loi d'Amnistie générale n°84/91* du 26 août 1991 proclame une amnistie pour les crimes commis par toutes les milices et tous les groupes armés pendant la guerre civile avant le 28 mars 1991, à l'exclusion des assassinats ou des tentatives d'assassinat de personnalités religieuses ou politiques et de diplomates arabes ou étrangers. Voir généralement Amnesty International Belgique, « Liban – la loi d'amnistie en question » (2005) *Libertés!* 415, en ligne : Amnesty International (Belgique) <<http://www.amnesty.be/doc/article5613.html>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

³³⁵ *Report on the Situation of Human Rights in El Salvador* (1994), Inter-Am. Comm. H.R., OEA/Ser.L/11.85 Doc. 28 rev. 11, section II.4, en ligne : Commission interaméricaine des droits de l'homme <<http://www.cidh.org/countryrep/ElSalvador94eng/II.4.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [CI-ADH, Salvador].

³³⁶ Voir le *Report of the Amnesty Committee*, vol. 6, section 1, chap. 1, « The Legal Basis of the Amnesty Process » (2003), en ligne : Department of Justice and Constitutional Development, Republic of South Africa <http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/1_1.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [Amnesty Committee, Afrique du Sud].

³³⁷ Voir Cecilia Medina Quiroga, « The Right to Reparation for victims of gross, systematic violations of human rights: The experience of Chile », dans *SIM Special n° 12, Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, University of Limburg, Maastricht, 1992 [Quiroga].

³³⁸ C'est le cas, par exemple, en Sierra Leone : *Draft Law n° 24/1/2° on Amnesty and Other Clemency Measures*, art. 6(2), en ligne : Judicial System Monitoring Programme, Timor-Leste <[www.jsmp.minihub.org/Legislation/Draft %20Law Amnesty_eng.pdf](http://www.jsmp.minihub.org/Legislation/Draft%20Law%20Amnesty_eng.pdf)> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

purge le dossier criminel de toutes références aux actes visés, les jugements de nature civile déjà rendus en faveur des demandeurs demeurent exécutoires malgré une déclaration subséquente d'amnistie³³⁹.

Cette exclusion du droit au recours civil par déclarations d'amnistie ne fait toutefois pas l'unanimité dans la communauté internationale. À preuve, la Commission interaméricaine a dit, au sujet de la Loi d'amnistie salvadorienne, qui éteint toute responsabilité civile, que :

[r]egardless of any necessity that the peace negotiations might pose and irrespective of purely political considerations, the very sweeping General Amnesty Law passed by El Salvador's Legislative Assembly constitutes a violation of the international obligations it undertook when it ratified the American Convention on Human Rights, [...] because it eliminates any possibility of obtaining adequate pecuniary compensation, primarily for victims³⁴⁰.

De plus, si certaines déclarations d'amnistie éteignent tout droit d'action pour les crimes visés, il est intéressant de noter que la doctrine et la pratique internationale tendent fortement vers l'interdiction d'amnistie pour les crimes de *jus cogens* que sont les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide, et la torture³⁴¹. Nous sommes d'avis que cette pratique ne vise pas uniquement les procédures pénales, mais aussi les procédures civiles et les recours privés. En effet, s'il existe des « normes péremptoires de droit international » reconnues et acceptées comme telles par la communauté internationale qui sont si importantes que leurs violations constituent des crimes internationaux, il semble tomber sous le sens que les victimes qui aient subi en « première ligne » les conséquences de ces violations aient obligatoirement accès un droit à la réparation³⁴². Cette position est renforcée par

³³⁹ Voir Amnesty Committee, Afrique du Sud, *supra* note 336 à la p. 14, para. 39, art. 20(7)a) de la Loi d'amnistie.

³⁴⁰ CI-ADH, Salvador, *supra* note 335 *in fine*.

³⁴¹ Artucio, *supra* note 333 aux pp. 186 et s. Voir aussi Naomi Roht Arriaza et Lauren Gibson, « The Developing Jurisprudence on Amnesty » (1998) 20 Human Rights Quarterly 843 et le *Rapport du Secrétaire général : Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. CS NU 2004, Doc. NU S/2004/616, au para. 10, 64(c). Mentionnons, relativement à la question de l'interdiction de déclarations d'amnistie pour les crimes de *jus cogens*, que l'article 6(5) du PAII qui dispose que « [à] la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues » ne vise pas l'amnistie pour les crimes de guerre, la torture, les crimes contre l'humanité ou le génocide, mais bien les individus étant susceptibles d'être poursuivis criminellement pour avoir pris les armes contre l'autorité étatique lors d'un conflit armé non international. Comme nous l'indiquent les *Commentaires CICR PI et PII*, *supra* note 80, para. 4618, au sujet de cet article, « l'objet de cet alinéa est d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie dans un peuple qui a été divis », mais ne cherche en aucune façon à promouvoir un régime d'impunité quant aux violations graves commises durant le conflit.

³⁴² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 113, art. 53.

les propos tenus par le TPIY, dans l'*Affaire Furundzija*, relativement à l'impact des déclarations d'amnistie par rapport aux actes de torture :

Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenue *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, [...] les victimes potentielles pourraient [...] engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère qui serait invitée de la sorte, notamment, à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture. [...] En résumé, les individus sont tenus de respecter le principe de l'interdiction de la torture, même si les instances législatives ou judiciaires nationales en autorisent la violation [notre soulignement — notes omises]³⁴³.

S'il est possible que certains États refusent d'entamer des poursuites criminelles à l'encontre d'un tiers si les actes pour lesquels il est accusé sont frappés par l'amnistie³⁴⁴, la difficulté peut parfois être atténuée si l'État du for n'est pas visé directement par l'amnistie. En effet, certains tribunaux d'États européens ont affirmé ne pas se sentir liés, de façon générale et non uniquement en lien avec les crimes de *jus cogens*, par les déclarations d'amnistie, déclarant que leur effet se limitait au territoire de l'État visé³⁴⁵.

Lorsqu'on se place du côté de victimes, on peut être portés à s'opposer fermement à toute déclaration d'amnistie. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le simple fait d'évaluer la légalité des amnisties dans des tribunaux étrangers peut mettre sérieusement en péril le processus fort complexe de la (re-)démocratisation d'une société qui tente de se sortir d'une époque marquée par l'oppression³⁴⁶.

³⁴³ *Procureur c. Furundzija* (1998), Affaire n° IT-95-17/1 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yugoslavie, Chambre de 1^{re} instance II), para. 155.

³⁴⁴ HRW a collecté des données à l'effet que le Procureur du Danemark userait de son pouvoir discrétionnaire de ne pas inculper un accusé sur la base de l'existence d'une déclaration d'amnistie à son égard : Rapport HRW UJ, *supra* note 329 à la p. 25 et s.

³⁴⁵ Voir par ex. en Espagne : Audiencia Nacional, Sentencia n° 16/2005, 19 avril 2005, Partie III, section 6, accessible en ligne au : <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/doc/sentencia.html#I.%20ANTECEDENTES> (page visitée le 1^{er} août 2007) ; en France : Cass. Civ., 23 octobre 2002, Bull. criminel 2002. n° 195 p. 725, 23 (n° de pourvoi : 02-85379) en ligne : Légifrance, Le service public de la diffusion du droit <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXRXAX2002X10X06X00195X000> (page visitée le 1^{er} août 2007).

³⁴⁶ Voir Jennifer Llewellyn, « Just Amnesty and Private International Law », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort : Comparative Perspective on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart, 2001, 567.

5.4 L'implication de la théorie de l'immunité de juridiction étatique³⁴⁷

La question de la responsabilité de l'État est quasi incontournable dans les cas de violations du droit humanitaire. En effet, les membres des armées nationales sont, avec les groupes armés non étatiques dans le cadre des conflits armés non internationaux, ceux et celles qui conduisent les hostilités et qui peuvent potentiellement commettre des violations au DIH. Lorsque ces infractions sont exécutées, elles s'inscrivent parfois dans le cadre d'abus systématiques et coordonnés, tel que c'est le cas lorsque sont commis des crimes contre l'humanité. Ceci implique que la responsabilité de l'État peut être engagée. En outre, la chaîne de commandement militaire implique que les officiers de rangs supérieurs sont autant responsables que les soldats sur le terrain. Si l'on remonte dans la hiérarchie, c'est l'État que l'on retrouve tout en haut. L'invocation de l'immunité étatique par un défendeur au stade juridictionnel peut donc être un obstacle majeur pour le demandeur puisque si cet argument est retenu, le tribunal ne pourra généralement pas entendre l'affaire au fond.

Même lorsqu'il est question des groupes armés non étatiques, il est parfois possible de rattacher leurs actions au gouvernement, ce qui implique dès lors la responsabilité de l'État; pensons par exemple au cas des forces Janjawids actives dans le conflit de la région du Darfour, au Soudan³⁴⁸. Il est même possible d'engager la responsabilité d'un État autre que celui sur lequel opère le groupe armé si certaines conditions précises sont réunies, tel que nous l'a appris l'*Affaire Nicaragua*³⁴⁹. Nous

³⁴⁷ Pour une étude approfondie sur l'immunité étatique et responsabilité pénale, voir REDRESS, « Immunité c. Responsabilité – Étude de la relation entre l'immunité des États et la responsabilité pour torture et autres graves crimes internationaux » (décembre 2005), en ligne : <www.redress.org/publications/REDRESS-State-Immunity_French%2010%20Feb%202006.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [REDRESS « Immunité »]. REDRESS est une organisation de défense des droits humains reconnue basée à Londres qui soutiennent les victimes de torture à accéder à la justice et à obtenir réparation. Voir aussi, Pour une étude approfondie de la relation entre *jus cogens*, immunité étatique et crimes graves internationaux, Gattini, « To What Extent », *supra* note 98.

³⁴⁸ Voir Organisation des Nations Unies, Communiqué, « Le Soudan a enfreint sa responsabilité de protéger, affirme la mission du Conseil des droits de l'homme » (12 mars 2007), en ligne : <<http://www.un.org/apps/newsFr/storyFAr.asp?NewsID=13785&Cr=CDH&Cr1=darfour&Kw1=CPI&Kw2=&Kw3=#>> (page visitée le 1^{er} août 2007). Quoiqu'il soit soupçonné, mais pas prouvé hors de tout doute, qu'il existe un lien de contrôle ou de subordination entre les milices Janjawids et le gouvernement soudanais, la responsabilité de l'État peut être invoquée. Par exemple, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a affirmé que le Soudan a enfreint sa « responsabilité de protéger » en agissant de concert avec les Janjawids et les milices, notamment pour commettre des violations du droit international public. Reste à voir comment la notion de « responsabilité de protéger » fera son entrée dans le domaine des obligations juridiques étatiques, puisqu'elle n'est pas encore intégrée de façon formelle dans le contenu normatif.

³⁴⁹ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14.

n'aborderons toutefois pas cette question dans la présente section, nous concentrant plutôt sur les situations impliquant les forces armées nationales.

Le domaine de l'immunité souveraine ou étatique a toujours posé des problèmes en matière de qualification juridique. Savoir si cette question est régie par le droit interne ou le droit international, voire uniquement du ressort de la conduite des relations internationales, relève déjà sa part de controverse, sur laquelle nous ne nous prononcerons pas ici.

En ce qui a trait au droit international public, la *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle*³⁵⁰ de 2004 peut potentiellement avoir un impact sur les réclamations individuelles des victimes de conflits armés. En effet, l'article 12 de cette Convention dispose qu'« à moins que les États concernés n'en conviennent autrement, un État ne peut invoquer l'immunité de juridiction [...] dans une procédure se rapportant à une action en réparation pécuniaire en cas de décès, d'atteintes à l'intégrité physique d'une personne ou en cas de dommages aux biens [...] ». Or, comme nous le rappelle Gattini³⁵¹, il n'y a pas, dans cette Convention, d'article qui dispose expressément que le traité ne s'applique pas aux actes et omissions des forces armées commis en totalité ou en partie sur le territoire d'un autre État, tel que c'est le cas, par exemple, à l'article 31 de la *Convention de Bâle*³⁵²; cette omission permettrait donc d'exclure l'immunité étatique pour ces cas de figure. Toutefois, le silence de la *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle* au sujet des actes des forces armées ne veut pas nécessairement dire que l'article 12 ait été rédigé avec l'intention d'écarter l'immunité pour ceux-ci spécifiquement. L'analyse des commentaires faite dans l'article de Gattini nous apprend en effet que la question des forces armées n'a pas été prise en considération lors de la négociation du traité; il n'existe donc pas de décision « active » des États parties d'empêcher

³⁵⁰ *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*, Rés. AG 59/38 annexe, Doc. Off. AG NU, 59^e sess. supp n° 49 (2004). Cette Convention n'est pas encore en vigueur.

³⁵¹ Gattini, « To What Extent » *supra* note 98 à la p. 352.

³⁵² Dans le contexte européen, la *Convention de Bâle sur l'immunité des États*, 16 mai 1972, 11 ILM (1972) 470, constitue une énumération des cas dans lesquels un État peut invoquer l'immunité. On apprend toutefois, à la lecture du Rapport explicatif produit par le Conseil de l'Europe au sujet de cette convention que cette dernière « n'est pas destinée à régler les situations qui peuvent se présenter en cas de conflit armé ». L'article 31 qui dispose qu'« aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux immunités ou privilèges dont un État contractant jouit en ce qui concerne tout acte ou omission de ses forces armées ou en relation avec celles-ci, lorsqu'elles se trouvent sur le territoire d'un autre État contractant » a donc un impact fort limité, surtout si l'on considère que seulement 8 États sont parties à cette Convention.

l'application de l'immunité étatique pour des actes ou omissions imputables aux forces armées, dans la *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle*, à tout le moins³⁵³.

En outre, l'affaire *McElhinney v. Ireland*³⁵⁴, qui se rendit devant la Cour européenne des droits de l'homme, est des plus pertinentes en l'espèce. Dans cette affaire dans laquelle ont été invoquées l'article 31 de la *Convention de Bâle* et l'article 12 de la *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle* (sous sa forme de projet d'article à l'époque), le requérant avait déposé une action en dommages punitifs et exemplaires contre un soldat de l'armée d'Irlande du Nord pour être compensé du choc post-traumatique qu'il avait subi lors d'une altercation à un poste de contrôle des véhicules. Quoique les faits aient été contestés de part et d'autre, il a été admis que le requérant avait percuté la guérite de contrôle avec son véhicule, puis traversé la frontière, ce qui avait donné lieu à des tirs de coups de feu de la part du soldat sur le véhicule en mouvement du requérant. Quoique cette affaire ne traite pas directement des normes de DIH, puisqu'il ne s'agissait pas *a priori* d'une situation de conflit armé, le raisonnement auquel a recours la Cour européenne en ce qui a trait au statut du soldat nous intéresse particulièrement. La Cour suprême irlandaise n'a pas reconnu le droit au requérant de présenter une action en dommages contre un membre du gouvernement d'un autre État souverain, en application de la doctrine de l'immunité étatique. La Cour a jugé que la pratique du *Tort Exception* n'était ni universelle ni uniforme et qu'elle trouvait application principalement lorsque les dommages subis étaient du type « assurable », tel que ceux qui découlent d'un accident de la route habituel³⁵⁵. Quoique cette interprétation du *Tort Exception* ait essuyé certaines critiques acerbes³⁵⁶, elle s'inscrit dans l'esprit de la *Convention de Bâle*, à laquelle elle fait référence au paragraphe 18 de sa décision.

Au-delà l'interprétation des textes normatifs, d'autres arguments juridiques sont accessibles pour contourner l'obstacle que pose l'immunité souveraine quand il est question de sanctionner certaines violations du DIH en dehors de l'État où celles-ci ont été commises. De la même façon que l'argument a été avancé en ce qui a trait aux déclarations d'amnistie, il pourrait être argumenté que l'immunité souveraine ne peut pas être invoquée lorsqu'il est question des normes de *jus cogens*. Il

³⁵³ Gattini, « To What Extent » *supra* note 98, à la p. 352.

³⁵⁴ (2002) 34 E.H.R.R. 13, en ligne : World Legal Informations Institute <<http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2001/763.html>> (page visitée le 1^{er} août 2007). Voir aussi *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya (the Kingdom of Saudi)* [2004] All. E.R. (D) 418 (CA) dans laquelle la Cour d'appel britannique a accordé l'immunité à l'Arabie Saoudite, mais l'a refusé aux fonctionnaires de cet État.

³⁵⁵ *McElhinney v. Ireland*, *ibid.*, para. 38.

³⁵⁶ Voir par ex. Jean-François Flauss, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme » (2003) 53 *Revue trimestrielle* 156 à la p.159.

n'est toutefois pas évident de savoir si cet argument serait bien reçu. Comme nous l'apprend le Rapport de REDRESS au sujet de la relation entre immunité des États et la responsabilité pour crimes graves internationaux, les tribunaux ont divergé quant à la portée du *jus cogens*. Quoique plusieurs décisions judiciaires aient considéré que l'immunité n'était pas applicable à ces normes, la plupart des tribunaux des États dualistes (le Canada, les États-Unis et le Royaume-Uni, par exemple) maintient la validité de l'immunité étatique, même lorsqu'il est question de normes péremptoires³⁵⁷. Nous renvoyons donc à ce document pour une étude plus approfondie de cette question.

L'immunité étatique peut donc s'avérer un obstacle majeur à l'accès à la réparation devant des tribunaux domestiques. L'exemple du Canada le démontre bien. Nous mentionnerons ici que l'immunité étatique a été accordée par la Cour supérieure ontarienne³⁵⁸, puis confirmée par la Cour d'appel³⁵⁹, à la République islamique d'Iran dans l'*Affaire Bouzari* qui impliquait un demandeur individuel contre un État. Le demandeur dans cette affaire a allégué avoir été victime de torture et a présenté une action en dommages contre l'État iranien devant les tribunaux canadiens, en sa qualité de résident permanent. L'Iran n'a pas présenté de défense, mais le gouvernement du Canada est intervenu pour défendre la constitutionnalité de la *Loi sur l'immunité étatique*³⁶⁰, argument auquel les juges ont accédé. Dans la foulée cette affaire, le Bloc québécois, parti de l'opposition au Canada, a initié un projet d'amendement à la *Loi sur l'immunité étatique* en faveur des victimes de crimes de guerre et autres crimes internationaux en application de la Résolution 2005/35 de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Cela a mené au dépôt du Projet de loi S-218 intitulé *Loi modifiant la Loi sur l'immunité des États et le Code criminel (recours civils des victimes d'actes terroristes)*³⁶¹. Cette modification à la Loi est certes bienvenue puisqu'elle permet de saisir les tribunaux canadiens pour des actes commis à l'étranger, mais il est important de souligner qu'elle ne vise que les actes terroristes tels qu'ils sont décrits au Code criminel canadien³⁶². Cette modification s'aligne en quelque sorte sur l'article 1605 du *Foreign Sovereign Immunities Act*³⁶³ qui permet aux citoyens américains d'intenter un recours civil devant les tribunaux internes contre un État étranger qui a été identifié par le

³⁵⁷ Voir REDRESS, « Immunité », supra note 347 aux pp. 30 et s.

³⁵⁸ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, [2002] 124 ILR 427.

³⁵⁹ *Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, [2004] 71 O.R. (3d) 675.

³⁶⁰ L.R.C.1985, c. S-18.

³⁶¹ P.L. S-218, 1^{re} sess., 39^e lég., 2006 (renvoyé au Sénat le 25 mars 2007).

³⁶² L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.01(1).

³⁶³ US Code, title 28, part IV, chap. 97 (28 USC).

gouvernement des États-Unis comme un commanditaire d'opérations terroristes. En ce qui a trait au Canada, il aurait été souhaitable d'inclure dans ce projet de loi une liste plus exhaustive englobant, par exemple, les infractions contenues dans la *Convention contre la torture* et les *Conventions de Genève*³⁶⁴. En l'absence d'une telle modification, les chances de succès au Canada pour la victime-demanderesse dans une action en responsabilité civile contre l'État fautif sont réduites considérablement. L'état actuel du droit est à l'effet que tout État étranger bénéficie de l'immunité de juridiction devant les tribunaux canadiens, y compris pour les actions découlant d'un dommage corporel ou aux biens. La seule exception, que l'on retrouve à l'article 6 de la *Loi sur l'immunité étatique*, trouve application lorsque les dommages sont subis au Canada.

Avant de clore cette section, mentionnons finalement que, même dans un cas où la théorie de l'immunité étatique serait mise de côté dans une affaire civile impliquant un agent ou un représentant de l'État, d'autres obstacles peuvent émerger, au-delà de la difficulté d'exécution d'un jugement favorable dont nous discuterons à la fin de la présente section. Par exemple, si la responsabilité de l'État au nom duquel l'agresseur a agi a déjà été retenue et que la compensation, au bénéfice de l'individu ou d'un autre État, est due, il est fort possible que l'affaire se termine là, sans qu'il soit possible pour la victime d'intenter un recours directement contre l'auteur, l'effet étant similaire à celui de la théorie de la « chose jugée ». En effet, il pourrait être incohérent, dans la logique inhérente au DIP, que la responsabilité de l'auteur individuel puisse être retenue, en plus de celle de l'État. Les propos tenus par Dozler à ce sujet sont fort éloquentes :

The corollary of state responsibility [...] is the principle that no separate liability will be assumed on the part of the individual who, or the entity which, is considered to have acted on behalf of the state or has been empowered to exercise elements of governmental authority in furtherance of the war efforts. [note omise] From the point of view of international law, private acts and governmental acts are distinct, and will be considered to be mutually exclusive in the context of war-related actions: the characterization of an act as one of government precludes its treatment as a private act, and vice versa. In other words, a finding of state liability excludes the existence of private liability of the actor who acted on behalf of the government, or has been empowered to exercise elements of governmental authority in war-related efforts [notre soulignement]³⁶⁵.

Cette construction se fonde sur une conception on-ne-saurait plus classique du droit international public, dans lequel sont réglementées uniquement les relations interétatiques. Dozler ne concède l'existence de droits individuels émanant du droit international que si l'État est « médiateur »

³⁶⁴ Voir REDRESS, « Immunité », *supra* note 347 aux pp. 2 et s. : un projet de loi à cet effet (pour les actes de torture) a été introduit à la chambre des communes britannique en 1999.

³⁶⁵ Dozler, *supra* note 86 à la p. 309.

de ces droits³⁶⁶. Quoique nous nous situions dans une mouvance plus évolutive de la conception du DIP, nous restons sensibles à l'argument de cohérence qui est fait au sujet de l'exclusion de la responsabilité individuelle lorsque la responsabilité étatique est prouvée. Par contre, cette position ne correspond pas à l'état actuel du droit pénal international, où la responsabilité criminelle d'un individu peut être engagée même lors que la responsabilité de l'État au nom duquel (ou sous la supervision, les ordres ou le commandement duquel) il a commis l'acte dont il s'est rendu coupable a été prouvée.

5.5 Quelques considérations de droit international public relatives au droit international privé

Comme nous l'avons indiqué au début de notre mémoire, un des buts de ce travail est d'examiner les rapports entre droit international public et droit interne en adoptant l'angle de l'individu. Il est donc important de décrire, si ce n'est que succinctement, le régime du droit international privé (DIPr.). Or, la question des actions civiles en réparation se fondant sur une violation des normes internationales de protection de la vie et la dignité de la personne ne constitue pas un sujet de prédilection de droit international privé. En effet, les sujets classiques de ce domaine consisteraient plutôt en l'entraide judiciaire et administrative, le droit commercial et financier international et les relations internationales familiales et patrimoniales³⁶⁷. Les actions dont il est question ici ne sont toutefois pas très loin de ces sujets; on pourrait même dire qu'elles y sont intrinsèquement liées. En effet, pour ce droit qu'on définit comme étant « l'ensemble des règles applicables aux individus dans les relations internationales »³⁶⁸, une action en réparation pour violation du droit humanitaire va, la plupart du temps, faire intervenir un élément d'extranéité, que ce soit au niveau du lieu où réside une des parties ou au lieu où l'on tente d'exécuter le jugement par rapport au lieu de l'infraction. Sans procéder à une étude approfondie du sujet, il est donc pertinent de s'attarder brièvement aux règles de droit international privé pour évaluer dans quelle mesure il édicte des règles s'appliquant aux actions en responsabilité civile pour violations du droit international humanitaire.

³⁶⁶ *Ibid.* à la p. 307.

³⁶⁷ Voir généralement le champ de travail de la Conférence de La Haye de droit international privé, sur leur site internet : <www.hcch.net> (page visitée le 1^{er} août 2007).

³⁶⁸ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, dans Gérard Goldstein et Ethel Groffier, *Traité de droit civil, Droit international privé*, t. 1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, à la p. 4 [Goldstein Groffier]. Voir aussi la définition du droit international privé que propose Mayer (aussi rapportée dans Goldstein Groffier, *ibid.*) : « le droit spécial applicable aux personnes privées impliquées dans une relations juridique internationale ».

Comme nous l'apprend la doctrine générale au sujet du DIPr.³⁶⁹, les deux questions auxquelles tentent de répondre le droit international privé sont celles du rattachement normatif (conflit de lois) et du rattachement juridictionnel (conflit de juridictions). Ces deux éléments sont à considérer lorsqu'il est question d'actions civiles pour violations du DIH, surtout lorsque ces dernières sont commises sur un territoire différent de celui où l'action est entamée. En effet, à partir du moment où un individu introduit une action devant une instance judiciaire domestique, le tribunal doit tout d'abord décider s'il accepte d'être saisi de l'affaire, pour ensuite déterminer quelles normes s'appliquent au litige. Les normes, qu'elles visent la détermination de la compétence ou le fond de la cause, peuvent toutefois varier en fonction de l'endroit où l'action est introduite. Effectivement, les solutions offertes par le DIPr. ne revêtent pas un caractère international uniforme. Ce domaine du droit tend plus vers la « modélisation internationale des codifications nationales » que vers une véritable uniformisation³⁷⁰.

Nous nous attarderons ici principalement au rattachement juridictionnel, en regardant ce qu'offrent les conventions multilatérales de DIPr. en la matière. Malgré le fait que les mécanismes contraignants mis en place en droit international privé pourraient grandement bénéficier au domaine de la protection efficace des droits humains, il faut souligner que l'harmonisation internationale des questions de compétence judiciaire et d'exécution des jugements étrangers reste assez limitée. Il n'existe en effet pas encore d'instrument multilatéral largement accepté à ce sujet. Pour les besoins de la présente section, nous examinerons les conventions et les projets de convention émanant de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH)³⁷¹, pour tenter de déterminer dans quelle mesure ces travaux viennent aider ou empêcher les victimes de saisir des tribunaux nationaux pour des actions en réparation contre l'auteur de la violation.

³⁶⁹ Voir généralement Goldstein Groffier, *ibid.* à la p. 127 (schéma : la méthode du droit international privé); à noter que les deux grands titres de cet ouvrage reflète des deux types de rattachement : Titre I. Les conflits de lois aux pp. 55 à 284 et Titre II. Les conflits de juridiction et d'autorités aux p. 285 à 462. Voir aussi Voir aussi Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001 : Chapitre 2 – les conflits de juridiction aux p. 67182; Chapitre 3- Les conflits de lois aux pp. 183 à 348 [Emanuelli].

³⁷⁰ Sylvette Guillemard et Alain Prujiner, « La codification internationale du droit international privé : un échec? » (2005) 46 Cahiers de droit 177 à la p. 180.

³⁷¹ La HCCH, siégeant à La Haye, favorise la création, l'adoption et l'application d'instruments multilatéraux répondant à des besoins mondiaux. Elle se décrit comme étant « une organisation intergouvernementale mondiale jetant des ponts entre systèmes juridiques et renforçant le système juridique ». Elle compte 60 États membres et plus de 120 pays ont été associés à ce jour à ses travaux. Voir généralement, en ligne : Conférence de La Haye de droit international privé <www.hcch.net> (page visitée le 1^{er} août 2007).

Il y a tout d'abord la *Convention « accès à la justice »*³⁷² qui « vise à assurer que la seule qualité d'étranger ou le défaut de résidence ou de domicile dans un État ne constitue pas un facteur discriminant quant à l'accès à la justice de cet État »³⁷³. Quoique la répercussion de cette convention ne soit pas énorme, considérant que seulement 27 États y sont parties, elle mérite d'être soulignée. Il s'agit d'un apport intéressant et certes bienvenu lorsqu'il est question de violations du droit humanitaire, puisqu'elle conserve la possibilité pour les victimes ressortissantes d'un État partie qui se trouvent sur le territoire d'un autre État partie, sans en être citoyen ou résident, de saisir les tribunaux de cet État. Toutefois, il faut noter que ce traité ne change pas l'état du droit et n'harmonise pas les différents droits internes : il permet simplement une meilleure coordination dans la coopération judiciaire entre les États parties, en permettant, par exemple, l'admission au bénéfice de la consultation juridique, de la gratuité des notifications et signification de documents, des commissions rogatoires et enquêtes sociales, et de l'assistance judiciaire pour la reconnaissance ou l'exécution de la décision obtenue et l'extension du bénéfice de la dispense de la caution. La *Convention « accès à la justice »* ne vient toutefois pas empêcher les États parties de décliner compétence sur des motifs existants dans leur droit interne.

Il y a en outre la *Convention de Bruxelles*³⁷⁴ à laquelle ont adhéré les Hautes Parties contractantes au Traité instituant la Communauté économique européenne qui se veut plus complète, mais dont l'application reste limitée à l'Europe. Elle est tout de même la première – et unique – convention multilatérale régissant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions. En matière de compétence, elle établit, entre autres, la règle de la poursuite au domicile du défendeur physique, peu

³⁷² La *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice*, Recueil des conventions (1951-1988) Bureau permanent de la Conférence, La Haye, Kluwer, doc. n° 29 à la p. 284, en ligne : HCCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=91> (page visitée le 1^{er} août 2007). Elle se veut un complément à la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 concernant la notification ou signification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, Recueil des conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, Kluwer, doc. n° 14 à la p. 76, en ligne : HCCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=17> (page visitée le 1^{er} août 2007) et à la *Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, Recueil des conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, Kluwer, doc. n° 20 à la p. 152, en ligne : HCCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=82> (page visitée le 1^{er} août 2007). À noter en outre qu'il y a aussi le Protocole additionnel à la *Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, 1^{er} février 1971, 1144 U.N.T.S. 249, qui aborde la question de la compétence. Ce document a toutefois essuyé plusieurs critiques, sa mise en œuvre étant décrite comme lourde. Voir van Schaak, « In Defense », *supra* note 159.

³⁷³ Voir le résumé officiel de la *Convention « accès à la justice »*, en ligne : HCCH <<http://hcch.e-vision.nl/upload/outline29f.pdf>> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

³⁷⁴ *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 27 septembre 1968, 1978 O.J. (L 304) 78, réimprimé dans 8 I.L.M. 229 (1969). Voir van Schaak, « In Defense », *supra* note 159 aux pp. 171 et s.

importe sa nationalité comme facteur de rattachement (art. 2). En matière délictuelle ou quasi délictuelle, le traité dispose que le défendeur pourra toutefois aussi faire l'objet d'une poursuite devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit (art. 5 (3)).

Comme nous l'apprend van Schaak³⁷⁵, l'approche de la *Convention de Bruxelles* ayant eu des retombées positives, grâce à son application assez uniforme à travers l'Europe, il y a eu un lobbying pour créer un régime juridique plus inclusif et d'application universelle. C'est de cette façon qu'est né le projet de la Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale. Si ce Projet initié par les États-Unis au printemps 1992 devant la HCCH avait été mené à terme, il aurait été la première codification « universelle » d'une compétence civile transnationale; ce texte n'a toutefois jamais vu le jour. Un rapport sur *l'Avant-projet de la Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale* (le *Rapport sur l'Avant-projet*) a toutefois été produit en août 2000³⁷⁶. Comme nous l'apprend ce rapport³⁷⁷, trois types de compétences en application des différents facteurs de rattachement étaient prévus dans l'Avant-projet: une liste énumérant les compétences obligatoires qui donnaient ouverture à la reconnaissance et à la mise en œuvre des jugements en découlant devant les tribunaux nationaux de tous les États parties; une liste énumérant les compétences existantes en droit interne qui sont prohibées de par le fait qu'il n'existe pas de « substantial connection » entre l'État dans lequel réside le défendeur et le litige en cause; et une zone grise se situant entre les compétences obligatoires et celles prohibées où la compétence peut être exercée de façon discrétionnaire par les États parties en application des facteurs de rattachement prévus en droit interne.

Nous ne désirons pas ici aller plus dans le détail de la structure de l'Avant-projet et des négociations y ayant mené. À cet effet, nous renvoyons le lecteur à un article de B. van Schaak des plus complets sur la question³⁷⁸. Nous voulons toutefois nous attarder sur l'article 18 de cet Avant-projet qui vise les compétences interdites de par leur absence de lien substantiel entre l'État visé et le

³⁷⁵ van Schaak, « In Defense », *ibid.*, à la p. 175.

³⁷⁶ Peter Nygh et Fausto Pocar, *Rapport sur l'Avant-Projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile adopté par la Commission spéciale de la Conférence de la Haye de droit international privé*, Document préliminaire n° 11, août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001, en ligne : HHCH <www.hcch.net/upload/wop/jdgmpr11.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007) [Nygh Pocar].

³⁷⁷ *Ibid.* à la p. 29.

³⁷⁸ van Schaak, « In Defense », *supra* note 159. Voir aussi Ronald A. Brand, « Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention » (1998) 24 Brook. J. Int'l L. 125.

litige. Cet article dispose que les tribunaux d'un État partie ne peuvent exercer leur compétence en se fondant sur la nationalité et/ou le lieu de résidence temporaire du défendeur ou du demandeur³⁷⁹, le fait que le défendeur poursuive des activités commerciales dans cet État (sauf si, le litige est directement lié à ces activités) et/ou la signification d'une procédure au défendeur dans cet État; même si tous ces facteurs sont réunis, cela ne suffit pas pour permettre de justifier la compétence. Le dernier alinéa de cet article projeté vient toutefois permettre les compétences autrement interdites lorsqu'il s'agit de recours impliquant les crimes sanctionnés par le droit humanitaire international ou les violations graves des droits de l'homme³⁸⁰. Cet alinéa a été proposé aux États de deux façons :

Nothing in this Article shall prevent a court in a Contracting State from exercising jurisdiction under national law in an action [seeking relief] [claiming damages] in respect of conduct which constitutes –

[*Variant One:*

[a] genocide, a crime against humanity or a war crime[as defined in the Statute of the International Criminal Court]; or]

[b] a serious crime against a natural person under international law; or]

[c] a grave violation against a natural person of non-derogable fundamental rights established under international law, such as torture, slavery, forced labour and disappeared persons].

[Sub-paragraphs [b) and] c) above apply only if the party seeking relief is exposed to a risk of a denial of justice because proceedings in another State are not possible or cannot reasonably be required.]

Variant Two:

a serious crime under international law, provided that this State has established its criminal jurisdiction over that crime in accordance with an international treaty to which it is a party and that the claim is for civil compensatory damages for death or serious bodily injury arising from that crime.]

Sans l'existence de cette clause, les victimes de violations du droit humanitaire et des droits humains³⁸¹ n'auraient été en mesure d'obtenir réparation que devant les tribunaux de l'État où réside de façon permanente le défendeur, en application de l'article 3, ou devant les tribunaux de l'État où la violation a eu lieu, en application de l'article 10. Cette clause « droits humains » ne vient pas dresser de règles applicables aux actions civiles : elle vient tout simplement ne pas empêcher ces actions et s'en remet au droit interne pour orienter le contenu normatif, tel qu'il se dégage des commentaires

³⁷⁹ Le lieu de résidence habituel du demandeur constitue aussi une compétence interdite.

³⁸⁰ Voir Nygh Pocar, *supra* note 376 aux pp. 182 et 183 et van Schaak, « In Defense », *supra* note 159 à la note 225 : cet alinéa est le fruit de la contribution d'une coalition formée de membres du milieu académique, d'avocats et de représentants d'organisations non-gouvernementales telles que le Center for Justice & Accountability, la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Human Rights Watch, le International Association of Democratic Lawyers, le Lawyers Committee for Human Rights, et REDRESS qui ont participé à la rédaction de l'Avant-projet.

³⁸¹ Il est important de noter que ce ne sont pas toutes les violations qui sont visées par cette disposition. De par un rattachement aux actes sur lesquels la CPI a compétence, il n'est question ici que des crimes et des infractions graves.

formulés par les rapporteurs :

in this context it should be noted that the chief aim of the Convention is not to regulate civil actions of this kind, but rather to define the rules of jurisdiction for civil and commercial relations among individuals within an international setting. The Convention does not therefore need to include jurisdictional rules for proceedings based on an infringement of fundamental human rights, but merely to leave Contracting States entirely free to adopt national rules in this field, and ensure that the Convention does not prevent them from doing so³⁸².

Un suivi de l'Avant-projet n'a jamais été assuré et la Convention n'a jamais été adoptée. L'article 18 et l'ensemble du texte élaboré n'ont donc jamais eu de valeur contraignante. Reste qu'autant en l'absence de traité multilatéral qu'avec l'Avant-projet de la Convention de La Haye, y incluant une clause « droits humains », c'est le droit interne de chaque État qui gouverne les règles de compétences de ses tribunaux pour les litiges se situant dans la « zone grise » qui n'est pas abordée par l'Avant-projet. Par contre, tous les efforts mis de l'avant pour l'inclusion de cette clause démontrent quelque chose de fondamental : qu'au sein de la communauté internationale, il y a une volonté politique de reconnaître le droit à la réparation des victimes d'atteintes à leurs droits fondamentaux. L'observation présentée par la Suisse au sujet de l'article 18 va en ce sens :

Nous accordons une importance particulière à l'exception figurant à l'al. 3 (Droits de l'homme). La Convention ne doit pas empêcher les victimes de crimes sanctionnés par le droit humanitaire international ou les victimes de violations graves des droits de l'homme de faire valoir leurs droits. Ces fors constituent des exceptions aux règles de compétence normalement applicables et qui ont précisément été adoptées parce qu'elles apparaissent en soi comme étant les plus appropriées³⁸³.

L'idée ne fait toutefois pas encore tout à fait l'unanimité. En effet, la République de Corée a adhéré au principe véhiculé par l'article 18(3), tout en stipulant qu'il reste à définir ce qui est inclus dans le concept de « droits humains » :

With respect to Article 18(3), we feel the basic idea of excluding actions seeking civil remedies for human rights violations from the grounds of prohibited jurisdictions under paragraph 2 is appropriate and reasonable, to the extent that it aims to maintain the *status quo* in respect of the exercise of the Contracting State's jurisdiction over such cases in accordance with its domestic laws. Considering that the concept of human rights has not yet been agreed upon at the global level, the Republic of Korea, though supporting Variant one for the time being, believes that the matter requires further consideration in order to more clearly elaborate and categorize the cases which will be exempted from the prohibited jurisdictions under the Convention³⁸⁴.

³⁸² Nygh Pocar, *supra* note 376 à la p. 84.

³⁸³ *Ibid.*, Observation de la Suisse, Doc préliminaire 14, en ligne : <www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd14ch.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

³⁸⁴ *Ibid.*, Observation de la République de Corée, Doc. Préliminaire 14 <www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd14kr.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

En outre, le Japon a déposé une observation dans laquelle il affirme que les poursuites civiles visées par l'alinéa 3 ne devraient être permises que lorsque le demandeur réside dans l'État dans lequel la poursuite est entamée³⁸⁵. L'ensemble de ces observations démontre que la communauté internationale manifeste un intérêt pour la protection et la sanction pénale et civile des violations des droits humains et du DIH, mais aussi qu'elle n'est pas encore prête à se faire dicter des règles qui facilitent l'accès à la justice par le truchement d'une convention internationale.

Les considérations de droit international public relatives au droit international privé que nous venons de soulever ne sont pas tant des obstacles, puisqu'un cadre normatif universel régissant la compétence n'existe pas encore. Serait-il souhaitable qu'un tel cadre existe, ou est-il préférable de s'en remettre au droit interne de chaque État pour décider de la recevabilité des demandes de réparation présentées par les victimes d'atteintes aux droits fondamentaux? Si la modélisation internationale est faite avec l'intérêt des victimes en tête, elle ne peut que leur être bénéfique. Reste que les États se doteront des règles auxquelles ils désirent bien se soumettre. Il est donc important de regarder toujours ce qui se passe à l'intérieur des enceintes étatiques pour avoir l'heure exacte.

5.6 Le problème d'exécution de jugements³⁸⁶

Nous faisons ici état de limitations qui existent, mais qui sont gérables et contournables. À preuve, il existe, dans le processus de mise en œuvre des droits humains via des poursuites en responsabilité civile en droit privé, un nombre intéressant de décisions judiciaires dans le mémoire tranchant en faveur du demandeur et ordonnant à l'auteur de la violation de verser une somme d'argent à la victime³⁸⁷. Toutefois, une des réalités du système judiciaire consiste en ses limites relativement au

³⁸⁵ *Ibid.*, Observation du Japon, Doc préliminaire 14 <www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd14ja.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

³⁸⁶ Pour une étude plus approfondie de cet obstacle, voir George Norris Stavis, « Collecting Judgements in Human Rights Tort Cases – Flexibility for Non-Profit Litigators? » (1999) 31 *Colum.Hum.Rts.L.Rev.* 209 aux pp. 211-219 [Stavis].

³⁸⁷ Voir par ex. *Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984) (approx. 10 millions \$ US), *Paul v. Avril*, 901 F. Supp. 330, 336 (S.D. Fla. 1994) (41 millions \$ US); *Mushikiwabo v. Barayagwiza*, [1996] n° 94 Civ. 3627, 1996 U.S. Dist. LEXIS 4409 (S.D.N.Y. 1996) (approx. 100 millions \$ US); *Abebe-Jiri v. Negewo*, n° 1:90-CV-2010-GET, 1993 U.S. Dist. LEXIS 21158 (N.D. Ga. 1993), conf. par 72 F.3d 844 (11^e Cir. 1996) (500,000 \$ US en dommages compensatoires et punitifs); *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162, 197-98 (D. Mass. 1995) (27.75 millions \$ US à 7 demandeurs); *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2^e Cir. 1995), ré-audition rejetée, 74 F.3d 377 (2^e Cir. 1996) certiorari rejeté, 518 U.S. 1005 (1996) (745 millions \$ US à 14 demandeurs : 265 millions \$ US en dommages compensatoires et 480 millions \$ US en dommages punitifs); *Doe v. Karadzic*, 866 F.Supp.

pouvoir d'exécution des jugements rendus. Le justiciable qui réussit à passer à travers toutes les embûches que nous avons énoncées plus haut et qui obtient d'un tribunal un jugement dans lequel il est déclaré qu'il a le droit de recouvrer une somme d'argent d'une autre personne devient créancier sur jugement. Si la simple signification du jugement au défendeur est parfois suffisante pour obtenir l'argent dû, le fait d'obtenir une décision judiciaire ne garantit en rien que le paiement sera fait. La victime ayant obtenu gain de cause doit donc entamer d'autres démarches, cette fois-ci pour exécuter la décision rendue par le tribunal. Si le défendeur condamné au paiement d'une somme d'argent à titre de réparation n'a pas d'actifs sur le territoire, que son argent est caché ou qu'il n'a tout simplement pas de ressources financières, il devient difficile d'obtenir l'exécution du jugement. À preuve, à notre connaissance, aucune des décisions civiles en matière de droits humains rendues par les tribunaux américains n'a été exécutée, à l'exception de l'*Affaire Suarez-Mason*³⁸⁸ qui rapporta aux deux demandeurs 4 millions \$ US en dommages compensatoires, une somme importante en soi, mais qui peut sembler anodine comparativement aux milliards de dollars qui sont exécutoires contre Radovan Karadzic en vertu de deux jugements américains³⁸⁹.

En droit civil comme en Common Law, le droit met à la disposition des justiciables des moyens pour leur permettre d'entamer des procédures d'exécution (enregistrement de jugement, ordonnances de saisie et vente et de saisie-arrêt, saisie en mains tierces, mise en faillite, action en inopposabilité, etc.). Encore une fois, ces démarches représentent un investissement d'argent, mais aussi de temps non négligeable. Quoiqu'il affecte tous les justiciables, le problème d'exécution de jugements est particulièrement présent dans la sphère du litige civil en matière de droits humains³⁹⁰. Souvent dans les cas de litiges de droits fondamentaux, le défendeur ne possède pas de biens saisissables sur le territoire sur lequel le jugement est exécutoire, ou bien il cache ses biens pour les soustraire à la saisie éventuelle. En fin de compte, si le défendeur n'a pas d'argent, la victime n'aura pas d'argent non plus.

734 (S.D.N.Y. 1994) (407 millions \$ US en dommages compensatoires et 3.8 milliards \$ US en dommages punitifs à 21 demandeurs). Voir aussi ci-dessous, note 404.

³⁸⁸ *Forti v. Suarez-Mason*, 694 F. Supp. 707 (N.D. Cal. 1988), exécuté, n° C-87-2058 (N.D. Cal. 1990). Voir aussi *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C.1980). Dans cette affaire, un tribunal américain a accordé des dommages 5,062,854.97 \$ US au demandeur; le litige fut éventuellement référé à un panel composé de cinq membres de l'Organisation des États américains qui ont ordonné au Chili de payer la somme de 2,611,892 \$ US. Voir généralement « Contemporary Practice of the United States Relating to International Law » (1992) 86 Am. J. Int'l L. 346 aux pp. 347-352 tel que cité dans Richard B. Lillich, « Damages for gross violations of international human rights awarded by U.S. Courts » (1993) 15 Hum. Rts. Q. 207 à la p. 209.

³⁸⁹ Voir *Doe v. Karadzic* et *Kadic v. Karadzic*, *supra* note 387.

³⁹⁰ Stavis, *supra* note 386 à la p. 217.

Il est vrai que les difficultés d'exécution des jugements constituent des obstacles majeurs, mais il est important de souligner que, si la réparation passe par le rétablissement du patrimoine, elle se fait en grande partie par l'appropriation des mécanismes par la victime. Le fait d'avoir accès à une tribune neutre, impartiale et officielle, d'être entendue et d'être soutenue dans ses démarches aide souvent énormément la victime dans son processus de réparation personnelle. Pour beaucoup de personnes, le jugement qui n'est pas exécuté n'est pas seulement un bout de papier; c'est une reconnaissance officielle de l'illégalité du geste qui lui a causé sa souffrance; c'est une forme de réparation.

5.7 Les limitations particulières selon certaines traditions juridiques

Un des principaux obstacles auquel est confrontée la victime de violations du DIH qui veut saisir les tribunaux domestiques se situe dans le domaine de la compétence de ces tribunaux quant à ces violations : plus le facteur de rattachement est éloigné, plus les cours semblent réticentes à entendre l'affaire. Plusieurs victimes se tournent vers les tribunaux nationaux pour obtenir réparation. Certaines particularités de ces procédures judiciaires sont associées aux différents types de tradition juridique. Dans les dernières pages de ce mémoire, nous soulèverons quelques particularités reliées aux régimes de droit civil et de Common Law, tout simplement pour que le lecteur ait une vue d'ensemble des plus exactes possible de la réalité à laquelle fait face les victimes lorsqu'elle tente d'obtenir réparation³⁹¹

³⁹¹ Pour une vue d'ensemble au sujet de la mise en œuvre de la compétence universelle dans divers pays, nous recommandons à une sélection de textes dans lesquels la question fut abordée en détail; sur la compétence universelle (pénale et civile) voir généralement Kenneth C. Randall, « Universal Jurisdiction Under International Law » (1988) 66 Tex L Rev 785; Cherif Bassiouni, « Universal Jurisdiction in Historical Perspective: Universal Jurisdiction Theory and Practice from Piracy Prosecutions to the Present » dans *Princeton Project on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 68; Madeline H. Morris, « Symposium: Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects: Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks » (2001) 35 New Eng.L. Rev. 337; Ryan Rabinovitch, « Universal Jurisdiction in Absentia » (2005) 28 Fordham Int'l L.J. 500; K. Lee Boyd, « Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness » (2004) 40 Tex. Int'l L.J. 1; George O'Keefe, « Universal Jurisdiction – Clarifying the Basic Concept » (2004) 2 J.Int'l C.J. 735; Antonio Cassese, « Is the Bell Tolling for Universality? A plea for Sensible Notion of Universal Jurisdiction » (2003) 1 J.Int'l C. J. 589; George P. Fletcher, « Against Universal Jurisdiction » (2003) 1 J.Int'l C. J. 580; George Abi-Saab, « The Proper Role of Universal Jurisdiction » (2003) 1 J.Int'l C. J. 596.

5.7.1 Les systèmes de Common Law

5.7.1.1 La particularité américaine : l'ATCA et le TVPA

Nous l'avons vu plus haut, les tribunaux américains ont affirmé à plusieurs reprises la non-application directe du droit humanitaire en droit interne en ce qui a trait aux demandes individuelles de réparation³⁹². Les tribunaux ne semblent pas opérer de différence dans ce raisonnement, que le défendeur soit un État ou un individu. L'*Affaire Handel*³⁹³ en est un exemple. Il s'agit d'un recours collectif invoquant directement des violations de la *Convention de La Haye de 1907* et de la *Convention de Genève de 1929* commises par M. Artukovic lors de la Deuxième Guerre mondiale. La *District Court* de Californie a affirmé que l'article 3 CIV (1907) et la *Convention de Genève de 1929* ne donnaient pas aux demandeurs un droit d'action devant elle, que le tribunal ne possédait pas la compétence *ratione materiae* pour entendre cette affaire et que, même s'il avait compétence, l'action serait prescrite en application de la loi en vigueur dans l'État³⁹⁴. On comprend donc que la Cour n'a pas seulement ici reconnu le caractère non applicable directement en droit interne du DIH, mais a aussi refusé de voir dans ce droit l'existence d'un droit individuel à la réparation. Nous avons noté plus haut qu'une série de décisions impliquant la CGIII relative aux prisonniers de guerre démontrait une plus grande ouverture à l'application directe du DIH devant les tribunaux américains³⁹⁵. Cette tendance n'a toutefois pas été suivie lorsque le défendeur était un individu, tel que nous l'a appris l'*Affaire Hamdi*³⁹⁶. La CGIV relative à la protection des civils a connu le même traitement dans *Huynh Thi Anh v. Levi*³⁹⁷. On ne peut toutefois pas lire la jurisprudence sans considérer le contexte législatif particulier aux États-Unis. L'existence du *Alien Tort Claim Act*³⁹⁸ datant de 1789, et du plus récent

³⁹² Voir le chap. II, para. 2.2.1.1, ci-dessus, pour l'analyse de cette question.

³⁹³ *Handel v. Artukovic* 601 F. Supp 1421 (CD Cal. 1985).

³⁹⁴ Pour une analyse plus détaillée de cette affaire, voir Leigh Monroe, « *Handel v. Artukovic*, 601 F.Supp. 1421 », (1985) 79 *American Journal of International Law* 1067.

³⁹⁵ Voir le chap. II, para. 2.2.1.1 *in fine*, ci-dessous, pour une analyse de cette question.

³⁹⁶ *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F.3d 450, 468 (4^e Cir. 2003).

³⁹⁷ 586 F.2d 625, 629 (6th Cir. 1978).

³⁹⁸ ATCA, *supra* note 125.

*Torture Victim Protection Act*³⁹⁹ (ci-après : TVPA) vient en effet changer le paysage du « human rights litigation » dans le pays⁴⁰⁰.

L'ATCA permet à toute personne allochtone d'entamer des poursuites civiles devant la justice américaine pour tout acte dommageable perpétré en violation du DIP ou d'un traité auquel les États-Unis sont Partie et ce, peu importe le lieu de commission de l'infraction ou la nationalité de la victime ou de l'agresseur. Pour que les tribunaux américains acceptent d'être saisis de l'affaire, la seule condition à remplir est que l'accusé ait un lien avec les États-Unis, sans qu'il soit nécessaire d'être résident. Avec l'ATCA, les tribunaux américains peuvent avoir la compétence *ratione materiae* sur ces infractions dès le moment où il était possible de signifier la procédure judiciaire au défendeur sur le territoire des États-Unis.

Près de 200 ans après son adoption, l'ATCA a connu une nouvelle vie. En 1978, le *Center for Human Rights*, organisation sans but lucratif d'intérêt public basée à New York, a utilisé cette loi pour fonder une action en réparation contre un policier qui avait enlevé et torturé à mort un jeune homme au Paraguay. La cause maintenant connue comme l'*Affaire Filartiga*⁴⁰¹, fut entendue par la *District Court* de New York et un montant de 10 385 364,00 \$ US en dommages punitifs et compensatoires fut accordé au demandeur, le père de la victime.

L'*Affaire Filartiga* marqua un moment déterminant dans le domaine de la protection et la mise en œuvre des droits de la personne. Dans une publication datée de 1999, George Norris Stavis nous indique que cette affaire a été citée pas moins de 797 fois⁴⁰², autant devant les tribunaux que dans la doctrine. Une série de réclamations individuelles se sont ensuite appuyées sur l'ATCA (et aussi sur

³⁹⁹ 106 Stat. 73 (1992).

⁴⁰⁰ Pour des analyses plus approfondies de l'impact du ATCA et du TVPA sur la sanction des violations des droits humains par les tribunaux américains, voir, de Beth Stephens, « Individuals Enforcing International Law: The Comparative and Historical Context » (2002) 52 DePaul L. Rev. 433, « Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations » (2002) 27 Yale J Int'l L 1 [Stephens « Translating »], « Taking Pride in International Human Rights Litigation » (2001) 2 Chi. Int'l L. 485; Voir aussi William S. Dodge, « The Constitutionality of the Alien Tort Statute: Some Observations on Text and Context » (2002) 42 Va. J. Int'l L. 687 et Stavis, *supra* note 386 aux pp. 211-219.

⁴⁰¹ *Filartiga v. Pena-Irala*, *supra*, note 388. Voir, pour une analyse poussée de cette décision, Stevens, « Translating », *supra* note 400.

⁴⁰² Stavis, *supra* note 386 à la p. 213.

le TVPA dans certains cas), avec succès dans une grande majorité des cas, pour obtenir réparation⁴⁰³. Le momentum créé par cette affaire a poussé le Congrès américain à adopter en 1991 le TVPA. Cette loi a permis aux citoyens américains de présenter de réclamation contre les auteurs d'actes de torture, car l'ATCA ne visait que les « étrangers », et non les citoyens américains.

Le libellé de l'ATCA étant assez large, il est maintenant possible de lire dans le cadre juridique normatif visé, soit le droit international public, un champ de compétence assez étendu⁴⁰⁴, en optant pour une interprétation évolutive plutôt que littérale de la loi. Une interprétation littérale et historique de l'ATCA aurait fort probablement pour effet de ne s'appliquer que lorsque seraient en cause trois types de violations du droit des gens, soit celles qui prévoyaient déjà un remède judiciaire au 18^e siècle : les atteintes aux droits d'ambassadeurs, les violations des sauf-conduits et les actes de piraterie⁴⁰⁵. L'interprétation évolutive de l'ATCA a permis d'aller au-delà de ces trois infractions, mais il est important de remarquer que cette loi n'établit ni ne reconnaît un droit d'action pour toutes les violations du DPI. La Cour suprême américaine a en effet affirmé dans *Sosa v. Alvarez-Machain* que cette loi s'appliquait seulement à un nombre limité d'atteintes :

We think it is correct, then, to assume that the First Congress understood that the district courts would recognize private causes of action for certain torts in violation of the law of nations, though we have found no basis to suspect Congress had any examples in mind beyond those torts corresponding to Blackstone's three primary offenses: violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy. We assume, too, that no development in

⁴⁰³ Voir la note 387, et, tel que rapporté dans Anna Gabrielidis, « Alien Tort Statute Historical Precedents », 15 juin 2005, en ligne : Center for Justice and Accountability, section « Alien Tort Statute Resources - Read a list of precedent setting ATS/TVPA cases » : <<http://www.cja.org/legalResources/legalResources.shtml#statutes>> (page visitée le 1^{er} août 2007) : *In re Estate of Marcos, Human Rights Litigation*, 910 F.Supp. 1460 (D.Haw. 1995) (1.2 milliard \$ US en dommages exemplaires et 766 millions \$ US en dommages compensatoires); *Romagoza v. Garcia and Vides Casanova*, 400 F.3d 1340 (11^e Cir. 2005) : 54.6 millions \$ en dommages; *Cabello v. Fernandez-Larios*, 402 F.3d 1148 (11^e Cir. 2005) : 4 millions \$ en dommages; *Abebe-Jira v. Negewo*, 72 F.3d 844 (11^e Cir. 1996) : 200 000,00 \$ en dommages compensatoires et 300 000,00 \$ en dommages punitifs à chaque demandeur et 200 000,00 \$ en dommages compensatoires; *Martinez-Baca v. Suarez-Mason*, *supra* note 328; *Mehinovic v. Vukovic*, *supra* note 328. Contra : *Alvarez-Machain v. United States*, [1999] U.S. Dist. LEXIS 23304 (C.D. Cal. 1999) : la *District Court* a accordé des dommages aux demandeurs, mais la décision fut renversée par la Cour suprême : *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 CT 2739 (2004), et *Ford v. Garcia*, 289 F.3d 1283 (11^e Cir. 2002) (cette action se fondait seulement sur le TVPA).

⁴⁰⁴ Voir Billy Baue, « Win or Lose in Court, Alien Tort Claim Act Pushes Corporate Respect for Human Rights, Business Ethics » (2006), en ligne : Corporate Responsibility Officer <<http://www.thecro.com/node/75>> (page visitée le 1^{er} août 2007). Il est à noter que l'ATCA fut aussi utilisé à plusieurs reprises dans un contexte de mise en œuvre des droits de la personne dans le contexte du droit du travail : à maintes reprises, des individus ont poursuivi des corporations multinationales pour leur imputer la responsabilité face à des violations de droits fondamentaux, sans toutefois que les résultats soient des plus concluants. Entre 1993 et 2006, 36 actions impliquant des corporations se fondant sur l'ATCA ont été entamées aux États-Unis : 20 d'entre elles ont été rejetées (15 sur le fond et 5 sur la procédure), 3 ont été réglées hors cour et 13 étaient encore à procès.

⁴⁰⁵ Expliqué par William Blackstone, *Commentaries on the Law of England* 68 (1769), tel que cité dans *Sosa v. Alvarez-Machain* *supra* note 403 à la 2759.

the two centuries from the enactment of §1350 to the birth of the modern line of cases beginning with *Filartiga v. Pena-Irala*, [...] has categorically precluded federal courts from recognizing a claim under the law of nations as an element of common law; Congress has not in any relevant way amended §1350 or limited civil common law power by another statute. Still, there are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized [notre soulignement]⁴⁰⁶.

Cette affirmation selon laquelle le judiciaire devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de reconnaître une nouvelle « cause d'action » dans un cadre restreint emporte certaines considérations par rapport aux victimes de violations du DIH. Quelles dispositions de ce droit répondent au test de la « norme internationale acceptée par le mode civilisé (sic) »? Même si nous croyons qu'à tout le moins les infractions graves aux Conventions de Genève ainsi que les crimes reliés à un conflit armé sur lesquels la CPI a compétence rencontrent ce test, nous ne pouvons approfondir davantage cette réflexion dans le cadre du présent mémoire⁴⁰⁷. Nous désirions toutefois soulever ce point, pour compléter le portrait du contexte américain.

Avec l'ATCA et le TVPA, il est donc possible d'invoquer, devant les tribunaux de droit commun américains, des violations des normes internationales relatives aux droits fondamentaux de la personne pour fonder une demande en compensation. Ces lois ne peuvent toutefois pas appuyer des requêtes autres que celles qui visent l'obtention de dommages punitifs et compensatoires⁴⁰⁸.

5.7.1.2 Un bref examen de l'exemple canadien

Le Canada ne possède pas de loi similaire à l'ACTA; il n'y a pas eu, au Canada, à notre connaissance, d'actions civiles, se fondant sur le droit civil, le *Tort Law* ou la *Common Law*, intentées directement par des victimes de violations de DIH contre les auteurs. Toutefois, une série de procédures et de moyens ont été mis en œuvre principalement en matière pénale pour sanctionner les

⁴⁰⁶ *Sosa v. Alvarez-Machain*, *ibid.* aux pp. 2761 et 2762. Pour une analyse plus complète de cette affaire, voir Cedric Ryngaert, « The U.S. Supreme Court's Decision in *Sosa v. Alvarez-Machain* » (2004) 6 FORUM 116 et Benjamin Berkowitz, « *Sosa v. Alvarez-Machain*: United States Courts as Forums for Human Rights Cases and the New Incorporation Debate » (2005) 40 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 289.

⁴⁰⁷ Voir. Elke Schwager et Roland Bank, « An Individual Right to Compensation for Victims of Armed Conflicts? - Work in Progress », août 2005, aux pp. 37 et 38, en ligne: <www.ila-hq.org/pdf/Compensation%20for%20Victims%20of%20War/IndividualRight-Bank-Schwager.pdf> (document téléchargé le 1^{er} août 2007).

⁴⁰⁸ Voir par ex. *Hamdi v. Rumsfeld*, *supra* note 396.

crimes internationaux commis ailleurs qu'au Canada, avec divers degrés de succès⁴⁰⁹. Le fait que le Canada ait eu recours à des mécanismes qui ne favorisent pas *a priori* la réparation pour les victimes démontrera les lacunes d'un système national de tradition anglo-saxonne quant à la prise en considération des besoins des victimes.

Au cours des années 80, le Canada a modifié son *Code criminel* pour permettre la reconnaissance de la compétence extraterritoriale des tribunaux canadiens sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité lorsque l'accusé ou la victime était citoyen canadien ou citoyen d'un pays en guerre avec le Canada⁴¹⁰. Ces changements législatifs étaient directement reliés à la Commission Deschênes qui avait été mandatée pour procéder à des enquêtes sur les présumés criminels de guerre de la Deuxième Guerre mondiale présents au Canada, présenter des recommandations sur les dispositions à prendre pour traduire ceux-ci en justice, préciser les mécanismes juridiques existants qui pourraient être utilisés et, à défaut, ceux qu'il y aurait lieu pour le Parlement canadien d'instituer par voie législative⁴¹¹.

Entre 1987 à 1992, des accusations ont été portées en vertu du *Code criminel* dans quatre cas, sans qu'il en résulte de condamnation. Un de ces acquittements, celui d'Imre Finta⁴¹², fut confirmé par la Cour suprême du Canada en 1994. Après cela, il est devenu clair qu'il serait impossible de poursuivre d'autres personnes en vertu des dispositions alors en vigueur du Code criminel. Parallèlement, le Canada a privilégié l'utilisation des procédures de révocation de citoyenneté et

⁴⁰⁹ Pour connaître davantage l'évolution des sanctions des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre à travers les institutions fédérales canadiennes, voir le site du Ministère de la Justice Canada, Groupe de la coopération internationale Programme canadien des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre <<http://www.justice.gc.ca/fr/ps/wc/hist.html>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴¹⁰ *Code criminel canadien*, L.R.C. 1985, c. C-46. L'article 7 (3.71), qui n'est plus en vigueur à ce jour, se lisait comme suit : « nonobstant les autres dispositions de la présente loi et pas dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait – acte ou omission – commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de sa perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque s'il l'une des conditions suivantes est remplie [...] ».

⁴¹¹ Pour plus d'informations sur la Commission Deschênes, voir Grant Purves, « Les criminels de guerre : la Commission Deschênes » Division des affaires politiques et sociales, gouvernement du Canada, Ottawa, doc. 87-3F, 16 octobre 1998, en ligne : Bibliothèque du Parlement, service d'information et de recherche parlementaire <<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/873-f.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [Rapport Deschênes].

⁴¹² *La Reine c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

d'expulsion pour sanctionner les cas de criminels de guerre⁴¹³. Notons au passage que le comportement condamnable de membres des Forces armées canadiennes en théâtre d'opérations a déjà donné lieu à des sanctions punitives judiciaires sérieuses, même à des réformes en profondeurs des institutions étatiques de défense, mais pas, à notre connaissance, à réparation pour les victimes⁴¹⁴.

Pour répondre adéquatement aux crimes de guerre contemporains et pour se plier à ses obligations internationales en application du Statut de Rome⁴¹⁵, le Canada a adopté en 2000 la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*⁴¹⁶. Cette Loi va bien au-delà des dispositions préexistantes du *Code criminel* : en plus de codifier les infractions que sont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le manquement aux responsabilités des commandants militaires et supérieurs civils⁴¹⁷, cette loi crée de nouvelles infractions dans le but de protéger l'administration de la justice⁴¹⁸ et reconnaît la nécessité d'offrir réparation aux victimes⁴¹⁹, quoique les règlements permettant une véritable mise en œuvre n'aient pas encore été adoptés. De plus, elle permet de poursuivre toute personne présente au Canada sans prise en considération dans l'établissement de la compétence du tribunal de l'endroit où cette infraction a été commise, ce qui fait de cette loi une mise en œuvre de la compétence pénale universelle.

⁴¹³ Voir par ex. Jacob Luitjens, Mamertas Maciukas and Ladislaus Csizsik-Csatary : Rapport Deschênes, *supra* note 412 à la section F, « les poursuites pour crimes de guerre ». Voir aussi, pour l'utilisation du mécanisme de déportation *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 91.

⁴¹⁴ Il est ici question des événements ayant eu lieu lors de la participation des Forces canadiennes à l'opération de maintien de la paix « Délivrance » en Somalie en 1992-1993. Plusieurs infractions aux droits de la guerre et aux droits humains ont été commises lors de cette opération, mais ce fut la torture et le meurtre par coups et blessures d'un adolescent confié à la garde de soldats du 2^e Commando du Régiment aéroporté du Canada qui soulevèrent le plus l'indignation dans la population canadienne et à travers le monde. Un soldat fut condamné pour homicide involontaire et plusieurs autres membres du Régiment aéroporté ont été condamnés par la Cour martiale pour négligence dans l'exécution de leurs tâches, au sens de l'article 124 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5. Le Commandant en chef du Régiment aéroporté a été déclaré non coupable à deux reprises. Voir généralement le *Rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie*, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, en ligne : Département de la défense nationale du Canada <<http://www.dnd.ca/somalia/vol0/indexf.htm>> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴¹⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 49; ratification canadienne : R.T.C. 2002/13 (7 juillet 2000).

⁴¹⁶ L.C. 2000, c. 24 [*Loi canadienne sur les crimes contre l'humanité*]. Le Canada a aussi modifié le *Code criminel*, *supra*, note 411, la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18, et la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, c. C-30, de manière à permettre au Canada d'accéder aux demandes de coopération.

⁴¹⁷ *Loi canadienne sur les crimes contre l'humanité*, *ibid.*, art. 4 et 5 (pour les infractions commises au Canada) et 6 et 7 (pour les infractions commises à l'étranger).

⁴¹⁸ *Ibid.*, art. 16 et s.

⁴¹⁹ *Ibid.*, art. 30 et s. (Fond pour les crimes contre l'humanité).

Désiré Munyaneza fut la toute première personne à faire l'objet d'accusation en vertu de cette loi. Le procès criminel de M. Munyaneza devant la Cour supérieure du Québec siégeant à Montréal a débuté dès le 26 mars 2007⁴²⁰. Il est accusé de deux chefs de génocide, trois chefs de crimes de guerre et deux chefs de crimes contre l'humanité pour des actes allégués à Butare, au Rwanda contre les Tutsis, entre le 1^{er} avril et le 31 juillet 1994.

Nous terminerons ce survol de l'exemple canadien en mentionnant la compensation et les excuses qu'a offertes le gouvernement canadien à Maher Arar. Ce citoyen canadien d'origine syrienne a été arrêté par les autorités américaines lorsqu'il se trouvait sur leur territoire sur la base qu'il avait des liens avec Al Quaida : sur foi de ces informations transmises en partie par la Gendarmerie royale du Canada, il fut déporté en Syrie, où il fut emprisonné puis torturé. M. Arar ayant été exonéré de toute accusation, le premier ministre canadien — après moult tractations politiques — lui a présenté ses excuses pour le rôle que le gouvernement aurait pu jouer dans son emprisonnement et les mauvais traitements qui lui furent infligés. De plus, M. Arar et sa famille ont reçu du gouvernement canadien 10.5 millions \$ CAN en compensation des dommages subis⁴²¹. Quoiqu'il ne s'agisse pas ici d'un contexte de conflit armé, il est fort intéressant de voir que le gouvernement du Canada a préféré utiliser un mécanisme de compensation politique, qui évite toute imputabilité de la responsabilité émanant habituellement d'un processus judiciaire, pour opérer compensation.

5.7.2 Les systèmes de droit civil

5.7.2.1 La victime en tant que partie civile

Dans plusieurs pays de droit civil, les poursuites pénales permettent aux victimes d'accéder à la réparation. En effet, dans les systèmes permettant la constitution de « partie civile », la victime est en mesure de participer au procès pénal pour réclamer la réparation de son préjudice, pour autant que le crime ou le délit visé l'ait lésée. Sous certaines conditions, la victime peut se joindre à la poursuite

⁴²⁰ *La Reine c. Munyaneza*, 500-73-002500-052, (C.S.) chambre criminelle : la plupart des décisions rendues sur les requêtes préliminaires (remise en liberté provisoire; utilisation de pseudonymes pour les témoins qu'elle citera; langue utilisée par un éventuel jury; améliorations demandées quant à la capacité de M. Munyaneza de communiquer avec ses avocats en détention; établissement d'une commission rogatoire à Kigali) ont été frappées d'ordonnances de huis clos et de non-publication.

⁴²¹ Voir Wilfrid-Laurier University, Canada Research Chair in International Human Rights, Political Apologies and Reparation database, « Prime Minister releases letter of apology to Maher Arar and his family and announces completion of mediation process », en ligne : Political Apologies and reparations <http://political-apologies.wlu.ca/details.php?table=doc_primary&id=312>. (page visitée le 1er août 2007).

intentée par l'État et agir comme coprocurateur. Elle peut aussi entamer elle-même la poursuite criminelle lorsque l'État faillit à sa tâche⁴²².

Comme nous l'apprend un Rapport de REDRESS⁴²³, plusieurs pays d'Europe, comme la France la Belgique et l'Allemagne, la Suisse et l'Italie, permettent la constitution de partie civile. Ce mécanisme permet aux victimes de rechercher réparation dans le cadre du procès déjà entamé, ce qui a l'avantage de réduire les coûts engagés et d'être plus expéditif que les poursuites civiles. Par contre, la somme obtenue est souvent symbolique. À preuve, les ayants cause des victimes s'étant constituées parties civiles dans le procès d'Alfredo Astiz (militaire argentin accusé de crimes de guerre, de disparitions forcées et de torture) pour l'enlèvement de Soeur Alice Domon et Soeur Léonie Duquet, ont reçu la somme symbolique de 1 franc chacune, en plus de frais reliés à l'action⁴²⁴. Reste que le mécanisme de la partie civile permet une véritable participation de la victime dans la quête de la justice, ce qui constitue déjà une partie importante de la réparation.

5.7.2.2 Un bref examen de l'exemple québécois

Le Québec possède un système de droit civil, mais pas de possibilité de constitution de partie civile. En application du partage des compétences prévu par la Constitution canadienne, le droit criminel relève du niveau fédéral, qui est régi par la Common Law. Nous désirons donc terminer ce mémoire par l'examen du cadre juridique québécois en considérant très succinctement quels seraient les obstacles auxquels serait confrontée une victime de violations du DIH commise à l'étranger qui tente d'obtenir réparation en invoquant le régime de responsabilité civile devant un tribunal de droit commun québécois. Notre but est d'identifier la façon dont se transpose le traitement des violations de droit humanitaire dans un contexte de droit interne habituellement non conçu pour traiter des atteintes aux droits fondamentaux commis ailleurs que sur son territoire.

⁴²² Voir Serge Braudo, Dictionnaire de droit privé, définition de « partie civile », en ligne : Dictionnaire juridique <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/parte-civile.php>> (page visitée le 1^{er} août 2007). Voir par ex. en droit français : *Code de procédure pénale*, art. 85 à 91 (de la constitution de la partie civile et de ses effets), en ligne : LexInter.Net <http://www.lexinter.net/PROCPEN/constitution_de_partie_civile.htm> (page visitée le 1^{er} août 2007).

⁴²³ REDRESS, « Universal Jurisdiction in Europe », en ligne : <<http://www.redress.org/documents/inpract.html>> (page visitée le 1^{er} août 2007) [REDRESS UJ].

⁴²⁴ *Ibid.*

a) La compétence

La question de la compétence restera toujours un problème de taille. D'un côté, l'alinéa 1 l'article 3148 C.c.Q.⁴²⁵ dispose que le facteur de rattachement pour que les autorités québécoises soient compétentes est le domicile (ou la résidence)⁴²⁶ du défendeur⁴²⁷. La compétence peut aussi se fonder au Québec si la faute y a été commise ou le préjudice subi, tel qu'en dispose l'alinéa 3 du même article. Cela implique que si le défendeur n'est que de passage au Québec et que la violation a été commise dans un autre État, les tribunaux québécois ne pourront pas se déclarer compétents. Plus encore, même si les critères de l'article 3148 C.c.Q. sont remplis, le fait que la partie défenderesse invoque l'exception déclinatoire fondée sur le *forum non conveniens* prévue à l'article 3135 C.c.Q. peut s'avérer fatal. Par exemple, dans l'*Affaire Cambior*⁴²⁸, la Cour supérieure du Québec a accueilli une requête en exception déclinatoire en application de la *doctrine du forum non conveniens* dans le cadre d'un recours collectif impliquant 23 000 résidents guyanais contre Cambior, une compagnie minière dont le siège social est situé au Québec et actionnaire majoritaire d'OMAI, une compagnie minière guyanaise, pour les dommages causés par cette dernière à la suite du déversement de polluants dans une rivière.

De l'autre côté, les articles 3126⁴²⁹ et 3136 C.c.Q.⁴³⁰ proposent des voies intéressantes sur lesquelles fonder ce même recours. Ces deux dispositions permettent respectivement au tribunal d'appliquer la loi de l'État où résident l'auteur et la victime — si ce lieu est le même pour les deux

⁴²⁵ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. C-64.

⁴²⁶ Comme le soulignent les auteurs Goldstein et Groffier *supra* note 318, le *Code civil du Québec* énonce une définition de la notion de fait que constitue la résidence, à l'article 77 : « La résidence d'une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle; en cas de pluralité de résidences, on considère, pour l'établissement du domicile, celle qui a le caractère principal ». La notion de résidence en est une de fait qui, contrairement à celle du domicile ou du changement de domicile, ne fait pas appel à l'intention. Voir *Rees c. Convergia*, (7 avril 2005) Québec 500-09-014403-042 (500-17- 017494-033), J.E. 2004-975 (C.A.).

⁴²⁷ Voir aussi l'art. 68 C.p.c., *supra* note 327.

⁴²⁸ *Recherches Internationales Québec c. Cambior Inc.*, (14 août 1998) Québec 500-06-000034-971, REJB 98-08013 (C.S.).

⁴²⁹ « (1) L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. (2) Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique ».

⁴³⁰ « Bien qu'une autorité québécoise ne soit pas compétente pour connaître d'un litige, elle peut, néanmoins, si une action à l'étranger se révèle impossible ou si on ne peut exiger qu'elle y soit introduite, entendre le litige si celui-ci présente un lien suffisant avec le Québec ».

parties — et d'entendre un litige sur lequel elle n'aurait pas compétence, si ce n'était du fait qu'une action à l'étranger se révèle impossible ou qu'il est impossible d'exiger qu'elle y soit introduite et si le litige présente un lien suffisant avec le Québec. Les commentaires du Ministre de la Justice au sujet de l'article 3136 C.c.Q. sont assez succincts :

Cet article, de droit nouveau, s'inspire de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987.

Les dispositions du Titre troisième visant à prévoir de manière exhaustive la compétence internationale des autorités québécoises, il convenait d'établir une nouvelle compétence pour les autorités québécoises afin de prévoir le cas où une procédure à l'étranger se révélerait impossible ou le cas où on ne pourrait raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite. Il faut cependant que le litige présente un lien suffisant avec le Québec⁴³¹.

La doctrine suggère d'interpréter de façon restrictive cet article, puisqu'il constitue un for de nécessité subsidiaire, de façon à éviter un déni de justice, et non simplement pour accommoder les parties⁴³². Le seuil permettant d'invoquer cette disposition est assez élevé. Nous considérons toutefois que certains cas de violations du droit humanitaire correspondraient potentiellement aux situations dans lesquelles il est impossible d'exercer un recours à l'étranger : plusieurs pays affectés par la guerre se classent parmi les États fragiles, ce qui implique que les institutions étatiques, y compris le système judiciaire, sont précaires et n'ont tout simplement pas la structure nécessaire pour traiter tous les recours qui sont introduits devant elle. Dans ces cas, l'absence d'une intervention des tribunaux québécois équivaudrait à un déni de justice, la victime étant dans l'impossibilité d'obtenir réparation. Cette disposition n'a pas encore été utilisée dans le cadre d'actions impliquant la violation de droits fondamentaux, mais il serait des plus intéressants d'étudier comme elle serait interprétée dans ce contexte. Par exemple, est-ce que les tribunaux de droit commun québécois considéreraient que le recours devant les tribunaux américains sous l'ATCA constitue un recours possible pour la victime, ce qui permettrait à la cour d'écarter l'application de l'article 3136 C.c.Q.?

⁴³¹ Québec, Ministère de la Justice, Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec, t.2, Québec, Publications du Québec, 1993, à la p. 2000.

⁴³² Patrick H. Glenn, « Droit international privé » dans *La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, aux p. 744, 902 et 903. Voir aussi Emanuelli, *supra* note 369 aux pp. 740 à 775.

b) Les éléments de preuve

Il est en outre important de s'attarder aux éléments de preuve exigés par l'article 1457 C.c.Q. pour invoquer la responsabilité civile extracontractuelle et expliquer de quelle manière la violation d'une norme de DIH constitue une faute civile. C'est de cette façon que s'établit le lien entre les normes substantives de droit international humanitaire et les principes de la responsabilité civile. Par exemple, de la même façon qu'un médecin porte atteinte à l'intégrité corporelle d'un patient en pratiquant une opération à cœur ouvert, le soldat qui tire des coups de feu en direction d'un soldat ennemi qui revêt l'uniforme et qui porte ouvertement les armes peut blesser ce dernier et porter atteinte lui aussi à son intégrité physique. Dans les deux scénarios toutefois, l'invocation de faits justificatifs de l'acte, qui constitue *a priori* une atteinte à l'intégrité de la personne, exonérera le commettant de sa responsabilité. Dans le cas du médecin, celui-ci peut se justifier du fait que le patient a consenti au traitement ou en invoquant l'état d'urgence; dans le cas du soldat, celui-là peut invoquer les règles du droit humanitaire, à travers, par exemple, l'exécution d'un commandement de la loi, tout comme peut le faire un membre des forces policières qui, dans l'exécution de ses fonctions, aurait tiré des coups de feu en direction d'une personne qui pointait sur lui une arme⁴³³. Par contre, si ce même soldat, en tirant sur le soldat ennemi, ne se comporte pas en soldat prudent et diligent dans l'exercice normal de ses fonctions, et ne porte pas attention au fait, par exemple, qu'il y a plusieurs civils qui seront victimes de l'attaque, il est possible que ce soldat demeure responsable de l'acte qu'il a posé, cet acte constituant une faute qui donne ouverture à l'invocation de sa responsabilité civile.

⁴³³ En effet, le fait de tirer des coups de feu en direction d'une personne constituerait, en d'autres circonstances, une faute. Par contre, « celui qui exécute un commandement de la loi doit être excusé, puisque l'acte qu'il pose n'est pas illicite, mais au contraire parfaitement légal ». Voir Baudouin, *supra* note 15 aux p. 116 et 117.

CONCLUSION

Les règles visant à protéger les individus des conséquences de la guerre et imposant des obligations aux parties qui prennent part à cette lutte armée existent depuis aussi longtemps que la guerre elle-même. La place de l'individu comme bénéficiaire du DIH n'est donc plus à prouver. Le but du présent mémoire était d'aller au-delà de ce rôle passif que joue la personne individuelle, en évaluant quel type de place le DIH réservait à la victime individuelle. Nous croyons avoir dressé un portrait assez complet des divers mécanismes accessibles à ces victimes dans leur quête de réparation pour les dommages subis dans le cadre d'un conflit armé. Ces mécanismes sont divers et prennent leurs sources dans différents corps de lois; une analyse et une contextualisation assez importantes étaient donc nécessaires pour chaque recours identifié. De plus, chaque examen nécessitait de poser une question fondamentale : lorsque la victime possède un recours, contre qui peut-elle l'exercer?

Nous avons vu que les mécanismes prévus par le droit pénal international, surtout lorsque mis en œuvre devant la CPI, semblent voués à un avenir prometteur en ce qui a trait à l'exercice du droit de victimes directement à l'encontre de l'auteur de la violation. Toutefois, c'est, sommes toutes, un nombre restreint de celles-ci qui pourront en bénéficier, en raison du nombre limité de conflits qui recevront l'attention de cette instance internationale. En ce qui a trait aux mécanismes de réparation expressément prévus par le DIH, une réponse claire ne peut malheureusement pas être formulée. L'existence d'un droit individuel à la réparation dans le cadre de conflits armés internationaux semble se lire dans deux dispositions du droit conventionnel (art. 3 CIV(1907) et 91 PI), quoique cela ne fasse pas l'unanimité dans la doctrine. Par contre, le courant jurisprudentiel semble tendre vers la non-applicabilité directe du DIH en droit interne.

En ce qui a trait aux recours plus classiques du droit international public général, l'imputabilité de l'obligation retombe presque toujours sur les États. Par exemple, l'utilisation de la voie de la protection diplomatique par l'individu permet d'instaurer un dialogue interétatique qui peut mener en bout de ligne à la réparation. Toutefois, ces mécanismes impliquent un élément politique trop important pour que soient véritablement pris en considération les intérêts primordiaux de la victime.

À la lumière de ces constatations, nous nous sommes donc tournés vers un domaine du droit international dans lequel le problème de la justiciabilité des droits individuels ne se posait pas de façon aigue : le régime de protection du droit international public des droits de la personne. Le domaine des droits de la personne et le DIH peuvent bénéficier d'un enrichissement mutuel (« cross-fertilization »), comme nous l'apprennent les *Principes fondamentaux et directives*⁴³⁴. Mais au-delà d'une analyse sur l'opportunité des victimes de violations du DIH d'utiliser des mécanismes qui peuvent leur bénéficier malgré le fait qu'ils n'ont pas été conçus spécifiquement pour répondre à leur situation, nous avons regardé dans quelle mesure ce régime imposait des obligations aux États qui exigeaient que les victimes aient accès aux tribunaux domestiques pour obtenir réparation de la part de l'auteur — individuel ou étatique — de la violation. Notre analyse ne nous a toutefois pas permis, encore une fois, de tirer une conclusion affirmative définitive. Le droit d'accès à la justice (et son obligation étatique corollaire) existe en droit international, mais il ne semble pas aller jusqu'à forcer les États à permettre à toutes les victimes d'avoir accès aux tribunaux pour demander réparation. Nous continuons toutefois de croire que cet argument mérite d'être présenté encore devant les tribunaux, puisqu'une interprétation évolutive du droit pourrait fort bien être faite en faveur des victimes.

L'envergure de notre travail était importante; les sujets traités étaient très nombreux. Et souvent, les analyses, quoique se voulant exhaustives, ne permettaient pas de formuler de conclusions claires et uniformes. Certains pourraient voir en cela une faiblesse. Nous considérons toutefois qu'il s'agit d'une des plus grandes forces de ce travail. Notre but était de mettre en relation des éléments qui ne le seraient autrement pas si ce n'était du fait qu'ils touchent tous la victime, dans son chemin à parcourir, après que les violations aient été commises et que les conséquences de la guerre, à court mais aussi à moyen et à long terme, ce soient manifestées. Il était donc prévisible que les résultats n'allaient pas tous s'aligner dans le même sens. C'est aussi pourquoi il était essentiel d'ajouter le cinquième chapitre qui prend en considération les autres éléments limitatifs qui n'émanent pas nécessairement du DPI général, mais qui affectent certainement la victime de violations du DIH. Même si cette section était brève, nous la considérons comme un complément utile.

Une des conclusions que nous pouvons formuler avec assurance après avoir réalisé ce mémoire est qu'il n'existe pas une solution unique qui permet à toutes les victimes de violations du DIH d'accéder à la réparation. Chacun des mécanismes étudiés possède ses avantages et ses inconvénients. Même s'il semble avoir plus de voies d'accès pour engager la responsabilité civile d'un État que pour engager celle du commettant individuel, nous n'avons pas identifié une « formule unique » qui permet

⁴³⁴ *Supra* note 19.

d'obtenir réparation contre aucune de ces entités auxquelles les violations sont imputables. Nous avons traité de la proposition de création d'un organe judiciaire international auquel pourrait s'adresser des victimes de violations du droit international humanitaire; cette suggestion constitue une façon de répondre aux lacunes plus ou moins importantes que nous avons identifiées à travers le mémoire. En guise de conclusion, nous désirons porter à l'attention du lecteur sur une autre piste de réflexion, qui fut déjà évoquée dans la doctrine, pour le contexte canadien⁴³⁵ : devrions-nous militer pour des changements législatifs nationaux de droit privé pour une meilleure protection judiciaire des victimes de violations du droit international humanitaire? Plutôt que de créer de nouvelles instances internationales, ne devrait-on pas utiliser les structures déjà existantes et éprouvées et permettre aux tribunaux civils nationaux d'entendre les victimes sur leurs réclamations en réparation? Il s'agit selon nous d'une piste des plus intéressantes. Qui plus est, les États-Unis, avec l'ATCA, tracent la voie et permettent de voir dans cette possibilité de changement législatif une option bénéfique pour les victimes.

Cela étant dit, nous devons conclure que, dans la situation actuelle, la voix des victimes de violations du droit international humanitaire ne se fait pas entendre clairement et que leur accès au prétoire est parsemé d'embûches qui leur sont souvent fatales. Bien peu de personnes obtiennent des jugements en réparation, et encore moins réussissent à voir ces jugements se transposer dans la réalité. L'appréciation de cette question de réparation individuelle pour compenser les personnes qui subissent les conséquences les plus atroces des violations des lois de la guerre ne doit toutefois pas se faire au niveau quantitatif : même si uniquement un petit nombre de personnes réussissent à traverser les obstacles et engager la responsabilité de ceux qui ont violé leur droit de pas subir les affres de la guerre, il s'agit là d'une grande victoire en soi. Si plusieurs chemins, certains plus tortueux que d'autres, mènent à la réparation et à la justice, nous considérons qu'il était de notre devoir de tous les analyser. L'être humain qui souffre peut ne jamais voir ses besoins de vengeance, de pardon, ou d'oubli assouvis, mais il ne devrait jamais se voir nier un accès à la justice lui permettant de demander d'être remis dans l'état où il était avant qu'il subisse les conséquences de la violation d'une règle de droit. C'est à lui ensuite de voir s'il désire exercer ce droit qui est inhérent à sa dignité humaine.

⁴³⁵ Caroline Davidson, « Tort au canadien: A Proposal for Canadian Tort Legislation on Gross Violations of International Human Rights and Humanitarian Law » (2005) 38 Vanderbilt Journal of Transnational Law 1403.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Doctrine

Articles de périodiques

Abellan, Honrubia V., « La responsabilité internationale de l'individu », (1999) 280 R.C.A.D.I. 243.

Abi-Saab, George, « The Specificities of Humanitarian Law » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet / Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, CICR, 1985.

_____, « The Proper Role of Universal Jurisdiction » (2003) 1 J.Int'l C. J. 596.

Aceves, William J., « Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation » (2000) 41 Harv.Int'l L.J. 129.

Aldrich, George H., « Individuals as Subjects of International Humanitarian Law » dans Jerzy Makarczyk, dir., *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haye, Kluwer, 1996, 851.

An Na'im, Abdullahi Ahmed, « Toward a Universal Doctrine of Reparation for Violations of International Humanitarian Law and International Human Rights » (2003) 5 FORUM 27.

Arriaza, Naomi Roth, et Gibson, Lauren, « The Developing Jurisprudence on Amnesty » (1998) 20 Human Rights Quarterly 843.

Artucio, Alejandro, « Impunity of Perpetrators » dans *Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Maastricht, 1992, 182 à la p. 187, en ligne : Université d'Utrecht <<http://www.uu.nl/content/12-17.pdf>> .

Bassiouni, Cherif « Universal Jurisdiction in Historical Perspective: Universal Jurisdiction Theory and Practice from Piracy Prosecutions to the Present » dans *Princeton Project on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 68.

Berkowit, Benjamin, « Sosa v. Alvarez-Machain: United States Courts as Forums for Human Rights Cases and the New Incorporation Debate » (2005) 40 Harv. C.R.-C.L.L. Rev. 289.

Boyd, K. Lee, « Universal Jurisdiction and Structural Reasonableness » (2004) 40 Tex. Int'l L.J. 1.

Bothe, Michael, «The Role of National Law in the Implementation of International Humanitarian Law» dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet / Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, C.I.C.R., 1985.

- Brand, A. « Tort Jurisdiction in a Multilateral Convention: The Lessons of the Due Process Clause and the Brussels Convention » (1998) 24 Brook. J. Int'l L. 125.
- Cassese, Antonio, « Is the Bell Tolling for Universality? A plea for Sensible Notion of Universal Jurisdiction » (2003) 1 J.Int'l C. J. 589.
- Condorelli, Ludgi et Boisson de Chazournes, Laurent, « Quelques remarques à propos de l'obligation des États de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" », dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet / Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Genève, Martinus Nijhoff, 1984, 17.
- D'Argent, Pierre, « Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés)? – la question des réparations en cas de violations massives des droits de l'homme » (2003) 5 FORUM 10.
- Dodge, William S., « The Constitutionality of the Alien Tort Statute: Some Observations on Text and Context » (2002) 42 Va. J. Int'l L. 687.
- Dozler, Rudolf, « The Settlement of War-Related Claims :Does International Law Recognize a Victim's Private Right of Action? Lessons After 1945 » (2002) 20 Berkley J. Int'l L. 296.
- Dupuy, Pierre-Marie, « Responsabilité internationale des États », (1984) 188 R.C.A.D.I. 13.
- Drzewicki, Krzysztof, « National Legislation as a Measure for Implementation of International Humanitarian Law » dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, dir., *Implementation of International Humanitarian Law/ Mise en Oeuvre du Droit International Humanitaire*, Dordrecht/Boston, Martin Nijhoff, 1989, 109.
- Flauss, Jean-François, « La compétence civile universelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme » (2003) 53 Revue trimestrielle 156.
- Fletcher, George P., « Against Universal Jurisdiction » (2003) 1 J.Int'l C. J. 580.
- Freeman, A.W., « Responsibility of the State for Unlawful Acts of Their Armed Forces » (1955-II) 88 Recueil des Cours de l'Académie de droit international 267.
- Frulli, Micaela, « When Are States Liable Toward Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Markovic Case » (2003) 1 JICL 406.
- Gattini, Andrea, « To What Extend are States Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individual Claims for War Damages? » (2003) 1 JICL 348.
- Gillard, Emanuela-Chiara, « Reparations for violations of international humanitarian law » (2003) 851 RICR 529.
- Glenn, Patrick H., « Droit international privé » dans *La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993.

Goetz, David, « Le droit pénal international » Gouvernement du Canada, Division du droit du gouvernement, 15 octobre 2001, PRB 01-17F, en ligne : Gouvernement du Canada, Programme des services de dépôt <<http://dsp-psd.communication.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/BP/prb0117-f.htm#CRIMES>>.

Greenwood, Christopher, « Rights to Compensation of Former Prisoners of War and Civilian Internees under Article 3 of Hague Convention n° IV, 1907 : Expert Opinion » dans H. Fijita, I. Suziki et K. Nagano, dir., *War and the Right of Individuals : Renaissance of Individual Compensation*, Tokyo, Nippon Hyoron-sha, 1999.

_____, « International humanitarian law » dans Fritz Kalshoven (dir.), *The Centennial of the First International Peace Conference: Reports and Conclusions*, Kluwer Law International, La Haye, 2000.

Griffin, Mary, « Ending the impunity of perpetrators of human rights atrocities: A major challenge for international law in the 21st century » (2000) 838 RICR 369.

Guillemard, Sylvette, et Prujiner, Alain, « La codification internationale du droit international privé : Un échec? » (2005) 46 Cahiers de droit 177.

Hae Bong, Shin « The Right of War Crimes Victims to Compensation Before National Courts - Compensation for Victims of Wartime Atrocities - Recent Developments in Japan's Case Law » (2005) 3 JICJ 187.

Kalshoven, Frits, « State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces » (1991) 40 I.C.L.Q. 827.

Kamenov, Tihomir, «The Origin of State and Entity Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in Armed Conflicts», dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, dir., *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, 169.

Kamminga, Menno T., « Towards a Permanent International Claims Commission for Victims of Violations of International Humanitarian Law », en ligne : Université de Maastricht <arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=3610> .

Kleffner, Jann K., « Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law » en ligne: Universiteit van Amsterdam, Faculty of Law, Amsterdam International Law Clinic <<http://www1.jur.uva.nl/ailc/Individual%20complaints%20and%20international%20humanitarian%20law.pdf>>.

_____, « Improving Compliance with International Humanitarian law Through the Establishment of an Individual Complaints Procedure » (2002) 15 LJIL 237.

_____, et Zeveloff, Liesbeth, « Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law » (2000) 3 Y.B. Int'l Human. L. 384.

Lillich, Richard B., « Damages for gross violations of international human rights awarded by U.S. Courts » (1993) 15 Hum. Rts. Q. 207.

- Llewellyn, Jennifer, « Just Amnesty and Private International Law », dans Craig Scott, dir., *Torture as Tort: Comparative Perspective on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Oxford, Hart, 2001, 567.
- Martin, Fanny, « Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'homme » (2001) 83 RICR 1037.
- Mazzeschi, Riccardo Pissillo, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview » (2003) 1 JICL 339.
- Meron, Theodore, « The Humanization of Humanitarian Law », (2000) 94 A.J.I.L. 239.
- Murphy, John F., « Civil Liability for the Commission of International Crimes as an Alternative to Criminal Prosecution » (1999) 12 Harv. Hum. Rts. J. 1.
- Murphy, T.J., « Sanctions and Enforcement of the Humanitarian Law of the Four Geneva Conventions of 1949 and Geneva Protocol I of 1977 » (1984) 103 Mil.L. Rev. 3.
- Nahlike, Stanislaw, « Le problème des sanctions en droit international humanitaire » dans Christophe Swinarski, dir., *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet / Studies and Essays of International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet*, Genève/La Haye, C.I.C.R., 1985, 469.
- Nowrojee, Binaifer, « “Your Justice is Too Slow”— Will the ICTR Fail Rwanda’s Rape Victims? » (2005) Occasional Paper 10, en ligne : United Nations Research Institute for Social Development <www.unrisc.org/publications/opgp10>.
- O’Keefe, George, « Universal Jurisdiction – Clarifying the Basic Concept » (2004) 2 J.Int’l C.J. 735.
- Philippe, Xavier, « The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh? » (2006) 862 RICR 375.
- Pittorof, Sabine, « Compensation Claims for Human Rights Breaches Committed by German Armed Forces Abroad During the Second World War: Federal Court of Justice Hands Down Decision in the Distomo Case » (2004) 1 German Law Journal 5.
- Quiroga, Cecilia Medina, « The Right to Reparation for victims of gross, systematic violations of human rights: The experience of Chile », dans *SIM Special n° 12, Seminar on the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, University of Limburg, Maastricht, 1992.
- Rabinovitch, Ryan, « Universal Jurisdiction in Absentia » (2005) 28 Fordham Int’l L.J. 500.
- Randall, Kenneth C., « Universal Jurisdiction Under International Law » (1988) 66 Tex L Rev 785.
- Reidy, Aisling, « La pratique de la Commission et de la Cour européenne des droits de l’homme en matière de droit international humanitaire » (1998) 831 RICR 543.

- Ryngaert, Cédric, « The U.S. Supreme Court's Decision in *Sosa v. Alvarez-Machain* » (2004) 6 FORUM 116.
- Sassòli, Marco, « The Victim-oriented approach of International Humanitarian Law and of the International Committee of the Red Cross (ICRC) » (1988) 7, *Nouvelles Études Pénales* 147.
- _____, « State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law » (2002) 846 R.I.C.R. 401.
- _____, « La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés » dans Stephan Breitenmoser, Bernhard Ehrenzeller, Marco Sassòli, Walter Stoffel et Beatrice Wagner Pfeifer, dir., *Droits de l'homme, démocratie et État de droit – Liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, DIKE-Nomos, 2007, 709.
- van Schaak, Beth, « In Defense of Civil Redress: The Domestic Enforcement of Human Rights Norms in the Context of the Proposed Hague Judgments Convention » (2001) 42 Harv.Int'l L.J. 141.
- Schwager, Elke et Bank, Roland, « An Individual Right to Compensation for Victims of Armed Conflicts? - Work in Progress », août 2005, aux pp. 37 et 38, en ligne: www.ila-hq.org/pdf/Compensation%20for%20Victims%20of%20War/IndividualRight-Bank-Schwager.pdf .
- Stavis, George Norris, « Collecting Judgements in Human Rights Tort Cases – Flexibility for Non-Profit Litigators? » (1999) 31 Colum.Hum.Rts.L.Rev. 209.
- Stephens, Beth, « Book Review and Note: Remedies in International Human Rights Law, by Dinah Shelton » (2001) 95 A.J.I.L. 257 (LN).
- _____, « Taking Pride in International Human Rights Litigation » (2001) 2 Chi. Int'l L. 485.
- _____, « Individuals Enforcing International Law: The Comparative and Historical Context » (2002) 52 DePaul L. Rev. 433.
- _____, « Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies For International Human Rights Violations » (2002) 27 Yale J Int'l L 1.
- Tavernier, Paul, « Réflexions sur les mécanismes assurant le respect du droit international humanitaire, conformément aux Conventions de Genève et aux Protocoles additionnels » (22 février 2000), en ligne: Actualité et Droit International http://www.ridi.org/adi/200004a1.htm#n*.
- Tomuschat, Christian, « Darfur – Compensation for the Victims » (2005) 3 JICJ 579.
- Wieruszewski, R., « Application of international humanitarian law and human rights law: individual complaints » dans Frits Kalshoven et Yves Sandoz, dir., *Implementation of International Humanitarian Law/ Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht/Boston, Martin Nijhoff, 1989, 441.

Zegveld, Liesbeth « Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire : commentaire sur l'affaire de Tablada » (1998) 831 RICR 543.

_____, « Remedies for victims of violations of international humanitarian law » (2003) 851 R.I.C.R. 497.

Zemmali, Ameer, « Reparations for victims of violations of international humanitarian law » (1993) SIM Special 61 (aussi en ligne: Universiteit Utrecht, Faculty of Law, Netherlands Institute of Human Rights
<<http://www.uu.nl/uupublish/homerechtsgeleer/onderzoek/onderzoekscholen/sim/english/publications/simspecials/no/23068main.html>>).

Monographies

Arbour, Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 840 p.

Bauchot, Bertrand, *La protection diplomatique des individus en droit international*, mémoire de recherche, Université de Lille II, 2001-2002 en ligne :
<<http://194.167.255.17/telechargement/memoires/bauchotb02.pdf>>, 178 p.

Bassiouni, Cherif, *International Criminal Law*, 2^e éd., vol. 1, « Crimes », Ardsley (N.Y.), Transnational Publishers, 1999, 3v.

Baudouin, Jean-Louis et Deslauriers, Patrice, *La responsabilité civile*, 6^e éd. Yvon Blais, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2003. 1998, 1959 p.

Bedjaoui, Mohammed, *Droit international, Bilan et perspectives*, Tome I, Paris, Pedone, 1991, 1361 p.

Boisson de Chazournes, Laurence, Quéguiner, Jean-François et Villalpando, Santiago (dir.), *Crimes de l'histoire et réparation : les réponses du droit et de la justice*, coll. de droit international, Bruxelles, Bruylant, 2004, 401 p.

Brownlie, Ian, *System of the Law of Nations – State Responsibility*, Partie I, Oxford, Clarendon Press, 1983, 320 p.

Cappelletti, Mauro, et Garth, Bryant, *Access to justice: A World survey*, Alphen aan den Rijn /Milan, Sijthoff & Noordhoff / Guiffre, 1978, 1037 p.

D'Argent, Pierre, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2002.

David, Éric, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1999, 860 p.

Emanuelli, Claude, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, 336 p.

Fujita, H., Suzuki, I. et Nagano, K., *War and the Rights of Individuals: Renaissance of Individual Compensation*, Tokyo, Nippon-Hyoron-sha, 1999, 292 p.

- Goldstein, Gérald et Groffier, Ethel, *Traité de droit civil, Droit international privé*, t. 1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998, 608 p.
- Henckaerts, Jean-Marie et Doswald-Beck, Louise, dir., *Customary International Humanitarian Law* vol. 1, Genève/Cambridge, CICR/Cambridge University Press, 2005, 676 p.
- Kalshoven, Frits et Sandoz, Yves, dir., *Implementation of International Humanitarian Law/ Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht/Boston, Martin Nijhoff, 1989, 472 p.
- Kalshoven, Frits et Zegveld, Liesbeth, *Constraints on the waging of war,- an introduction to the International Humanitarian Law*, 3^e éd., Genève, C.I.C.R., 2003, 195 p.
- Meron, Theodore, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Oxford University Press, 1989, 263 p.
- Morin, Jacques-Yvan, Rigaldies, Francis et Turp, Daniel, *Droit international public : documents d'intérêts général*, 3^e éd., t.1, Montréal, Thémis, 1997, 1232 p.
- Oellers-Frahm, Karin et Zimmermann, Andreas, *Dispute Settlement in Public International Law: Texts and Materials*, 2^e éd., Heidelberg, Max-Planck Institute, 2001, approx. 2250 p.
- Pellandini, Cristina, National measures to repress violations of international humanitarian law (Civil law systems) — Report of the Meeting on Experts, Genève, CICR, 1997, 328 p.
- Pictet, Jean, dir., *Les Conventions de Genève du 12 août 1949 : Commentaires. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Genève, CICR, 1958, 542 p.
- Quoc Dinh, Nguyen, Dallier, Patrick et Pellet, Alain, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, 1455 p.
- Rousseau, Charles, *Droit international public*, t. 5, 7^e éd., Paris, Sirey, 1973, 415 p.
- Sandoz, Yves, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, dir., *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 1949*, Genève, CICR, 1987, 1647 p.
- Sassòli, Marco, et Bouvier, Antoine, *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, 2084 p.
- Shelton, Dinah, *Remedies in Human Rights Law*, Washington, Oxford University Press, 1999, 434 p.
- Scott, Craig, *Torture as Tort : Comparative perspectives on the development of transnational human rights litigation*, Oxford, Hart, 2001, 680 p.
- Spinedi, Marina et Simma, Bruno, dir., *United Nations Codification of State Responsibility*, New York, Oceana, 1987, 418 p.

Instruments juridiques

Documents d'intérêt universel

Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 29 juillet 1899, dans *Conférence internationale de la Paix 1899*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1907.

Convention IV relative aux lois et coutumes de la Guerre (1907) 18 octobre 1907, 36 R.T.S.N. 539.

Charte des Nations Unies [1945] 15 C.N.U.O.I. 365.

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 2 mai 1948, Doc.off. OEA/Ser.L/V/II.23, doc. 21 rev. 6 (2 mai 1948).

Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31.

Convention pour l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85.

Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135.

Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.

Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la notification ou signification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, Recueil des conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, Kluwer, doc. n° 14 à la p. 76, en ligne : HCCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=17> .

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965, 660 R.T.N.U. 195.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171; A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (n° 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966).

Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968, 1978 O.J. (L 304) 78, réimprimé dans 8 I.L.M. 229 (1969).

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354.

Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, Recueil des conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, Kluwer, doc. n° 20 à la p. 152, en ligne : HCCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=82> .

Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, 1^{er} février 1971, 1144 U.N.T.S. 249.

Convention de Bâle sur l'immunité des États, 16 mai 1972, 11 ILM (1972) 470.

Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3.

Protocole additionnel visant la protection des victimes des conflits armés non internationaux 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609.

Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice, Recueil des conventions (1951-1988), Bureau permanent de la Conférence, La Haye, Kluwer, doc. n° 29 à la p. 284, en ligne : HCCH
<http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=91> .

Deuxième Protocole relatif à la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 26 mars 1999, 38 I.L.M. 769.

Documents d'intérêt régional

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123.

Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, 2 mai 1948, Doc. O.É.A. OÉA/Ser.L/V/II.23, doc. 21 rev. 6.

Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme sur les droits économiques, sociaux et culturels, 17 novembre 1988, S.T.O.É.A. n° 69.

Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort, 8 juin 1990, S.T.O.É.A. n° 73.

Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr. (2002).

Convention européenne des droits de l'homme, 3 septembre 1953, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. n° 5.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, [2000] J.O.L. 2000/C 364/01.

Charte arabe des droits de l'homme, 14 septembre 1994, 7 R.U.D.H. 4.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 26 juin 1981, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5.

Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, adopté le 10 juillet 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2005, en ligne : Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples <<http://www.achpr.org>>.

Lois et règlements et documents gouvernementaux canadiens et québécois

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. C-64.

Code criminel canadien, L.R.C. 1985, c. C-46.

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., c. C-25.

Code de procédure pénale canadien, L.R.C. 1985, c. C-25.1, art. 515(10).

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, c. 24

Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. 1985, c. C-30.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, c. 18.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27.

Loi sur l'immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18.

Loi sur les mesures d'urgence, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 22.

Projet de loi modifiant la Loi sur l'immunité des États et le Code criminel (recours civils des victimes d'actes terroristes) P.L. S-218, 1^{re} sess., 39^e lég., 2006 (renvoyé au Sénat le 25 mars 2007).

Québec, Ministère de la Justice, Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec, t.2, Québec, Publications du Québec, 1993.

(Commission Deschênes) Grant Purves, « Les criminels de guerre : la Commission Deschênes » Division des affaires politiques et sociales, gouvernement du Canada, Ottawa, doc. 87-3F, 16 octobre 1998.

Débats du Parlement, 38^e législature, 1^{re} session, Hansard révisé, n° 61 (21 février 2005) à la p. 1200 (Don Bell), en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/debates/061_2005-02-21/han061_1200-F.htm>.

Lois et règlements et documents gouvernementaux des États-Unis

Torture Victim Protection Act, 106 Stat. 73 (1992).

Foreign Sovereign Immunities Act, US Code, title 28, part IV, chap. 97 (28 USC).

Alien Tort Claim Act, 28 U.S.C. §1350.

Documents émanant des Nations Unies

(Assemblée générale) *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. AG 3452 (XXX), Doc. Off. AG NU 1975, supp. n° 34, Doc. NU A/10034.

_____, *Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. 37/194, Doc. Off. 111^e sess., Doc. NU A/RES/37/194.

_____, *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Rés. AG 47/133, Doc. Off. AG NU, 1992, supp. n° 49, Doc. NU A/47/49.

_____, *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. AG 40/34, Doc. Off. AG NU, 1985, supp. n° 53, Doc. NU A/40/53.

_____, *Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*, Rés. AG 59/38 annexe, Doc. Off. AG NU, 59^e sess. supp n° 49 (2004).

_____, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^e sess., suppl. n° 13, Doc. NU A/820 (1948) 71.

_____, « Commentaries to the draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session », *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement, n° 10 (A/56/10)*.

_____, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Rés. AG 56/83, Doc. Off. AG NU 56^e sess., Doc. NU A/RES/56/83 (2002).

_____, *Principes relatifs à la prévention efficace des exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions*, Rés. AG 47/133, Doc. Off. AG NU, 1992 supp. n° 49, Doc. NU A/47/49.

(Conseil de sécurité) *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564*, 1^{er} février 2005, Doc. NU S/2005/60, para. 593.

_____, *United Nations Security Council Resolution 687 (Concerning the Restoration of Peace and Security in Iraq and Kuwait)*, Rés. CS 687 (1991) Doc. UN S/RES/687 (1991).

(Comité des droits de l'homme) *Observation générale n° 29 - États d'urgence (art. 4)* Doc. NU

_____, *Strengthening the procedure of follow-up to Views under the Optional Protocol and Concluding Observations under Article 40 of the Covenant : Human Rights Committee inter-sessional working group : background paper and recommendations*, Doc. NU CCPR/C/88/CRP.1 (2006) et CCPR/C/88/CRP.1/Rev.1 (2007).

- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 275/1988 : Argentina*, 38^e sess., Doc. NU CCPR/C/38/D/275/1988 (1990)
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 213/1986 : The Netherlands*, 35^e sess., Doc. NU CCPR/C/35/D/213/1986 (1989).
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1367/2005 : Australia*, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1367/2005 (2006)
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 972/2001 : Cyprus*, 78^e sess., Doc. NU CCPR/C/78/D/972/2001 (2003)
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1036/2001 : Australia*, 85^e sess., Doc. NU CCPR/C/85/D/1036/2001 (2005)
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1229/2003 : Italia*, 87^e sess., Doc. NU CCPR/C/87/D/1229/2003 (2006).
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 9/1977 : Uruguay*, 1979, 8^e sess., Doc. NU CCPR/C/8/D/9/1977
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1297/2004 : Algérie*, 2006, 87^e sess., Doc. NU CCPR/C/87/D/1297/2004.
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1416/2005 : Suède*, 2006, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1416/2005
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1324/2004 : Australie*, 2006, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1324/2004
- _____,
Comité des droits de l'homme (Jurisprudence), *Communications n°s 1321/2004 et 1322/2004 : République de Corée*, 2007, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1321-1322/2004
- _____, (Jurisprudence), *Communication 1274/2004 : Biélorussie*, 2006, 87^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1274/2004
- _____, (Jurisprudence), *Communication n° 1047/2002 : Biélorussie*, 2007, 88^e sess., Doc. NU CCPR/C/88/D/1047/2002.
- (Comité contre la torture) *Examen des rapport présentés par les États partie en application de l'article 19 de la Convention, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture: Canada*, Doc. Off. CAT NU, 31^e sess., Doc. NU CAT/C/CR/34/CAN (2005).
- _____, *Rapport du comité contre la torture*, Doc. off. AG NU, 54^e sess., suppl. n° 44, Doc. NU A/54/44
- _____, *Compte rendu analytique de la première partie (publique) de la 340^e séance* : Doc. off. CAT NU, 1998, Doc., NU. CAT/C/SR.340.
- (Commission des droits de la personne) van Boven, Theo, *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et*

des libertés fondamentales, Rapport final présenté par M. Theo van Boven, Rapporteur spécial, Doc. off. CES NU, 45^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 (1993).

_____, *Principes fondamentaux et Directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'Homme et du droit humanitaire*, Doc. off. CES NU, 48^e sess., Annexe, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1996/17 (1996)

_____, *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedom*, Déc. CES 1995/117, Doc. off. CES NU, 1995, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/DEC/1995/117).

_____, *Note établie par l'ancien Rapporteur spécial de la Sous-Commission, M. Theo van Boven, en application du paragraphe 2 de la résolution 1996/28 de la Sous-Commission*, Doc. off. CES NU, 53^e sess., Annexe point 8, Doc. NU E/CN.4/1997/104 (1997).

_____, *Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Cherif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1999/33 de la Commission*, Doc. off. CES NU, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/2000/62 (2000).

_____, *Le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, Note du Haut Commissaire aux droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 61^e sess., Doc. NU E/CN.4/2005/59 (2005).

_____, *Le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, Note du Haut-Commissaire aux droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 59^e sess., 2002, Doc. NU E/CN.4/2003/63.

(Commission du droit international) « Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » dans *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol 2, partie 2, New York, NU, 2001 à la p. 61, para. 1, en ligne : untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf.

(Cour pénale internationale) *Règlement de la Cour*, ICC-BD/01-01-04/Rev.01-05, adopté le 26 mai 2004 et amendé le 9 mars 2005.

_____, *Statut de Rome pour la Cour pénale internationale*, A/CONF.183/9, en date du 17 juillet 1998.

_____, *Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale*, Doc. Off. CPI, 1^{ère} session, ICC-ASP/1/3 (2002), règle 85 a), en ligne : www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/french/part_ii_a_f.pdf

(Secrétaire général) *Rapport du Secrétaire général : Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc. CS NU 2004, Doc. NU S/2004/616.

(TPIR) *Règlement de procédure et de preuve*, en ligne : Tribunal pénal pour le Rwanda http://www.un.org/ict/r/rules_f.html (page visitée le 1^{er} août 2007).

(TPIY) *Résolution 827 du 25 mai 1993 pour le jugement des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie depuis 1991*, Rés. CS 827 (1993) Doc. Off. CS NU, 3217^e sess., Doc. NU S/RES/827 (1993).

_____, *Règlement de procédure et de preuve*, IT/32/Rev. 37 (2006), en ligne : Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie <<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm>>.

_____, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, en ligne : Nations Unies, Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie <<http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>>.

Documents émanant de groupe de recherche et d'organisation non gouvernementales

(Amnesty International) document public AFR 47/007/2004, « Rwanda - Vouées à la mort- les victimes de viol atteintes par le VIH/SIDA » (6 avril 2004), en ligne: Amnesty International, section VII.1 « Le fonds d'indemnisation » <<http://web.amnesty.org/library/index/raafr470072004>>.

(Amsterdam Center for International Law et Netherland Institute of Human Rights of the University of Utrecht) « Expert Meetings on Remedies for Victims of Violations of International Humanitarian Law » (9 et 10 mai 2003 et 24 et 25 octobre 2005).

(Centre international de ressources juridiques) « Victimes de torture ou autres violations des droits humains commis à l'étranger et recours juridique au Québec » (25 janvier 2005).

(Conférence de La Haye de droit international privé) Nygh, Peter et Pocar, Fausto, *Rapport sur l'Avant-Projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile adopté par la Commission spéciale de la Conférence de la Haye de droit international privé*, Document préliminaire n° 11, août 2000 à l'intention de la Dix-neuvième session de juin 2001, en ligne : <www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf>.

(Human Rights Watch) « Toujours en lutte: la justice, un parcours semé d'obstacles pour les victimes de viol au Rwanda », Vol. 16, n° 10(A) septembre 2004, en ligne : <<http://hrw.org/french/reports/2004/rwanda0904/>>.

(Human Rights Watch) « Universal Jurisdiction in Europe The State of the Art » vol. 18, n° 5(D), juin 2006, en ligne : <<http://hrw.org/reports/2006/ij0606/>>.

(International Movement Against All Forms of Discrimination and Racism) Mondal, Ipsita, « Second Consultative Meeting on "The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law - 20-23 October 2003, Geneva » en ligne : <<http://www.imadr.org/old/geneva/2003/2nd.CM.restitution.html>> .

(International Law Association) Rainer Hofmann and Frank Riemann, « Compensation for victims of war - Background Report » 17 mars 2004 aux pp. 3 et s., en ligne : <http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm>.

(REDRESS) « Immunité c. Responsabilité – Étude de la relation entre l'immunité des États et la responsabilité pour torture et autres graves crimes internationaux », décembre 2005, en ligne : www.redress.org/publications/REDRESS-State-Immunity_French%2010%20Feb%202006.pdf.

(Reporters sans frontières) Réseau Damoclès, « Cour pénale internationale : un guide pratique à l'usage des victimes », juin 2003, en ligne : Association Internet pour la promotion des droits de l'homme http://www.aidh.org/Justice/Images/guide_damocles.pdf.

(Service international pour les droits de l'Homme) « Principes fondamentaux et Directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'Homme et du droit international humanitaire, 3^{ème} réunion consultative », 29 septembre au 1^{er} octobre 2004, en ligne : www.ishr.ch.

Jurisprudence

Cour internationale de justice :

Grèce c. Royaume-Uni (1924), C.P.I.J. (sér. A/B) n° 2.

Affaire du Lotus (France c. Turquie) (1927), C.P.J.I (sér. A/B) n°10.

Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne) (1928), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 17.

Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány) (1933), Arrêt, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 61.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), [1970] C.I.J. rec. 3.

Libye c. California Asiatic Oil Co. Et Texas Overseas Petroleum Co. (1977), 17 ILM 3.

Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (États-Unis c. Iran), [1980] C.I.J. rec. 3.

Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), [1986] C.I.J. Rec. 14.

Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 66.

Licéité de la menace ou de l'emploi de l'arme nucléaire, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec. 226.

Conséquences de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136.

Affaires relatives à la licéité de l'usage de la force (Yougoslavie c. Belgique, Canada, France, Italie, Pays-Bas, Portugal et le Royaume-Uni), Objections préliminaires, [2004] C.I.J. rec. 1307.

Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, [2007] Rôle général n° 103 (24 mai 2007), en ligne : Cour internationale de justice <<http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13855.pdf>>.

Cour et Commission inter-américaine des droits de l'homme:

Effect of reservations on the entering into effect of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75) (1982), Avis consultatif OC-2/82, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), n° 2.

The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights (1986), Avis consultatif OC-6/86, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 6.

Judicial Guarantees in States of Emergency (Articles 27(2), 25 and 8 American Convention on Human Rights) (1987), Avis consultatif OC-9/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 9.

Affaire Velásquez Rodríguez (Honduras) (1988), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 4.

Affaire Velásquez-Rodríguez (1994), objections préliminaires, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 1.

Report on the Situation of Human Rights in El Salvador (1994), Inter-Am. Comm. H.R., OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 28 rev. 11.

Abella v. Argentina (1997), Inter-Am. Comm. H.R. n° 55/97, Case n° 11.137, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights : 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98/doc. 6 rev.

Saldaña c. Argentina (1999), Inter-Am. Comm. H.R. n° 38/99, *Annual Report of Inter-American Commission on Human Rights : 1998*, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. 289.

The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law (1999), Avis consultatif OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) n° 16.

Affaire El Caracazo (Venezuela) (1999), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 58.

Affaire Bámaca Velásquez (Guatemala) (2000), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C), n° 70.

Affaire Las Palmeras (Colombie) (2000), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 67.

Constitutional Court case (Pérou) (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 71

Ivcher Bronstein (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 74

Constitutional Court case (Pérou) (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 71.

Affaire Ivcher Bronstein (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 74.

Affaire Barrios Altos (Pérou) (2001), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 75 [*Affaire Barrios Altos*].

Cour européenne des droits de l'homme:

Golder c. Royaume-Uni (1975), 18 Cour Eur. D.H. (Sér. A).

Arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives (1976), 20 Cour Eur. D.H. (Sér. A).

Klass c. Allemagne (1978), 28 Cour Eur. D.H. (Sér. A).

Soering c. Royaume-Uni (1989), 161 Cour Eur. D.H. (Sér. A).

Ergi c. Turquie (1998), IV Cour Eur. D.H. (Sér. A) 939.

Chypre c. Turquie (2001), IV Cour Eur. D.H. (Sér. A) (requête n° 25781/94) .

McElhinney v. Ireland (2002) 34 E.H.R.R. 13.

Affaire Issaïeva, Yousoupova et Bazaïeva c. Russie (2005) (requêtes n°s 57947/00, 57948/00 et 57949/00, en ligne : Portail de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Base de données HUDOC: < <http://cmiskp.echr.coe.int>>).

Sejdovic c. Italie (2006), n° 56581/00 Cour Eur. D.H.

Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie:

Procureur c. Tadic (1995) Affaire n° IT-94-1-AR72 (Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction.

Procureur c. Tadic (1999), (Affaire n° IT-94-1-A) (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) arrêt.

Procureur c. Delalic (1998), Affaire n° IT-96-21-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance) jugement.

Procureur c. Furundzija (1998), Affaire n° IT-95-17/1 (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{re} instance II).

Japon:

Shimoda v. The State, Tokyo D.C., 7 décembre 1963, (1964) 32 I.L.R. 626.

Philippine « comfort women » v. Japan, Tokyo D.C., 9 octobre 1998.

Former POWs and civilian detainees of the Netherlands v. Japan, Tokyo D. C., 30 novembre 1998.

Chinese victims of Nanking Massacre and inhuman acts by the Unit 731 of the Japanese army v. Japan, Tokyo D. C., 22 septembre 1999.

Residents of Hong-Kong v. Japan, Tokyo D.C., 16 jun 1999.

Korean « comfort women » v. Japan, Hiroshima High Court, 29 mars 2001.

Chinese victims of forced labour v. Japan and the company A (undisclosed), Kyoto D. C., 15 January 2003.

Chinese victims of forced labour v. Japan and Hazamagumi Inc., Tokyo D.C., 11 mars 2003 (unreported).

Chinese victims of sexual violence v. Japan, 1823 Hanrei Jiho (2003) 61-82.

Chinese victims of forced labour v. Japan and Rinko Corporation, Niigata D.C., 26 mars 2004.

États-Unis :

Foster v. Neilson, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829).

Huynh Thi Anh v. Levi, 86 F.2d 625, 629 (6th Cir. 1978).

United States v. Postal, 589 F.2d 862, 876 (5^e Cir. 1979).

Letelier v. Republic of Chile, 488 F. Supp. 665 (D.D.C.1980).

Filartiga v. Pena-Irala, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1984).

Tel Oren v. Libyan Arab Republic, 517 F. Supp. 542 (D. D.C. 1981); 726 F.2d 774, (D.C. Cir. 1984).

Handel v. Artukovic 601 F. Supp 1421 (CD Cal. 1985).

Martinez-Baca v. Suarez-Mason, [1988] U.S. Dist. LEXIS 19470 (N.D. Cal. 1988).

Forti v. Suarez-Mason, 694 F. Supp. 707 (N.D. Cal. 1988), n° C-87-2058 (N.D. Cal. 1990).

Goldstar (Panama) S.A. v. United States, 763 F. Supp. 1154 (D.D.C. 1991); 967 F.2d. 965 (4th Cir. 1992).

Princz v. Federal Republic of Germany, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992) ; 26 F.3d 1166 (DC Cir. 1994).

United States v. Noriega, 808 F.Supp. 791, 799 (S.D. Fla. 1992).

Paul v. Avril, 901 F. Supp. 330, 336 (S.D. Fla. 1994).

Doe v. Karadzic, 866 F.Supp. 734 (S.D.N.Y. 1994).

In re Estate of Marcos, Human Rights Litigation, 910 F.Supp. 1460 (D.Haw. 1995).

Xuncax v. Gramajo, 886 F. Supp. 162, 197-98 (D. Mass. 1995).

Abebe-Jiri v. Negewo, n° 1:90-CV-2010-GET, 1993 U.S. Dist. LEXIS 21158 (N.D. Ga. 1993), conf. par 72 F.3d 844 (11^e Cir. 1996).

Abebe-Jira v. Negewo, 72 F.3d 844 (11^e Cir. 1996).

Kadic v. Karadzic, 70 F.3d 232 (2^e Cir. 1995), 74 F.3d 377 (2^e Cir. 1996), 518 U.S. 1005 (1996).

Mushikiwabo v. Barayagwiza, [1996] n° 94 Civ. 3627, 1996 U.S. Dist. LEXIS 4409 (S.D.N.Y. 1996).

Alvarez-Machain v. United States, [1999] U.S. Dist. LEXIS 23304 (C.D. Cal. 1999).

Mehinovic v. Vukovic et al 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).

Ford v. Garcia, 289 F.3d 1283 (11^e Cir. 2002).

Padilla ex rel. Newman v. Bush, 233 F. Supp. 2d 564, 590 (S.D.N.Y. 2002).

United States v. Lindh 207 F. Supp. 2d 541, 553-554 (E.D. Va. 2002).

Hamdi v. Rumsfeld, 316 F.3d 450, 468 (4^e Cir. 2003).

Sosa v. Alvarez-Machain, 124 CT 2739 (2004).

Romagoza v. Garcia and Vides Casanova, 400 F.3d 1340 (11^e Cir. 2005).

Cabello v. Fernandez-Larios, 402 F.3d 1148 (11^e Cir. 2005).

Canada:

La Reine c. Finta, [1994] 1 R.C.S. 701.

Recherches Internationales Québec c. Cambior Inc., (14 août 1998) Québec 500-06-000034-971, REJB 98-08013 (C.S.).

Bouzari v. Islamic Republic of Iran, [2002] 124 ILR 427.

Bouzari v. Islamic Republic of Iran, [2004] 71 O.R. (3d) 675.

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 2 R.C.S. 91.

Rees c. Convergia, (7 avril 2005) Québec 500-09-014403-042 (500-17- 017494-033), J.E. 2004-975 (C.A.).

La Reine c. Munyaneza, (2007) 500-73-002500-052 (C.S.)

Royaume-Uni :

Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya (the Kingdom of Saudi) [2004] All. E.R. (D) 418 (CA).

Jones v. Ministry of Interior [2006] UKHL 26.